Der Einfluß der Liquidation eines Kartellmitgliedes auf die Kartellbeziehungen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors

der Rechtswissenschaft

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Alfred Wieder

Kammergerichtsreferendar

aus Posen

1934

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

Berichterstatter:

Professor Dr. R. Ruth.

Meiner treuen Lebensgefährtin

Inhaltsübersicht.

Seite

1. Kapitel. Grundlegung.
§ 1. Wesen und Rechtsform der Kartelle 1
§ 2. Die kartellmäßige Bindung der Mitglieder 3
§ 3. Wesen und rechtliche Wirkung der Liquidation 5
2. Kapitel. Der Einfluß der Liquidation auf die Kartellbeziehungen.
§ 4. Liquidation und Unmöglichkeit der Leistung 11
I. Die Unmöglichkeit im Recht 11
a) tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit 11
b) vollständige und teilweise Unmöglichkeit 14
II. Die Unmöglichkeit im Gesellschaftsrecht 15
a) bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts 15
b) bei den juristischen Personen 18
III. Die Unmöglichkeit bei der Unternehmensliquidation . . 19
a) im Zeitpunkt des Eintritts in die Liquidation . . . 19
b) im Zeitpunkt der völligen Stillegung des Betriebes . 22
c) im Zeitpunkt der völligen Beseitigung (Unbrauchbarmachung) der Betriebsmittel 23
§ 5. Rechtsfolgen der Unmöglichkeit 25
I. Pflicht zum Schadensersatz bei Verschulden 25
II. Pflicht zur Mitteilung an den Gläubiger 25
§ 6. Besteht ein Recht zu fristloser Kündigung? 26
I. Der „wichtige Grund" nach § 8 KartVO 26
II. Ist die Liquidation ein wichtiger Kündigungsgrund? . . 27
III. Die einschlägige Rechtsprechung des KartG 28
§ 7. Rechtsfolgen der Kündigung 29
I. bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts 29
II. bei der GmbH innerhalb der Doppelgesellschaft . . . 30
III. bei der Einheits-GmbH 30
IV. beim eingetragenen Verein 32
§ 8, Besteht ein Rücktrittsrecht? 33
§ 9. Besonderheiten bei der Gesellschaftsliquidation 34
3. Kapitel. Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse 36

1. Kapitel.

Grundlegung.

§ 1. Wesen und Rechtsform der Kartelle.

Kartelle sind Produkte des Wirtschaftslebens. Nicht der Gesetzgeber oder die Wissenschaft haben sie hervorgebracht und ihr Wesen geformt, sondern die Wirtschaft hat sie sich selbst geschaffen und zwar aus dem Bedürfnis heraus, die mit dem freien Wettbewerb verbundenen wirtschaftlichen Nachteile zu beseitigen und eine möglichst umfassende Marktbeherrschung zu erzielen. Es soll durch das Zusammenwirken mehrerer selbständiger Unternehmer desselben Wirtschaftszweiges eine Hebung der wirtschaftlichen Lage, eine Rentabilitätssteigerung des Einzelunternehmens erreicht werden.

Je nach dem Grad der Beschränkungen, denen sich der Einzelne dem Kartell gegenüber unterwirft, um jenes Ziel zu erreichen, können drei Stufen von Kartellen unterschieden werden:

a) Kartelle ohne Kontingentierung (Konventionen), d. s. die Konditions-, Preis-, Absatzgebiets- u. ä. Kartelle. Hier bestehen die Verpflichtungen der Mitglieder im wesentlichen in echten Unterlassungen: nicht zu anderen als den vereinbarten Bedingungen zu verkaufen, die festgesetzten Preise einzuhalten, nur in die zugewiesenen Absatzgebiete zu liefern etc.

b) Kontingentierungskartelle ohne Zentralisierung des Absatzes. Bei diesen Kartellen besteht neben den zu a) genannten Verpflichtungen noch die Pflicht, sich innerhalb einer bestimmten Abrechnungsperiode im Rahmen einer nach Maßgabe der Beteiligungsziffer errechneten Produktionsmenge zu halten.

c) Verkaufskartelle (Syndikate) mit Kontingentierung und Zentralisierung des Absatzes. War bei der Stufe b) den Unternehmern noch die unmittelbare Beziehung zur Kundschaft erhalten geblieben, so fällt das bei den höchstentwickelten Kartellen, den Syndikaten, fort. Die Unternehmen der einzelnen Syndikatsmitglieder sind hier, unter Wahrung ihrer rechtlichen Selbständigkeit, nichts anderes, als ausschließlich für das Syndikat arbeitende

Betriebe; das Mitglied ist u. a. verpflichtet, seine gesamten Erzeugnisse dem Syndikat zum Absatz anzubieten [1]).

Ein besonderes, einheitlich geregeltes Kartellrecht gibt es ebensowenig, wie einen juristischen Kartellbegriff [2]). Die Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923, die sogenannte Kartellverordnung (KartVO), an die man denken könnte, will nur die Auswüchse bei den Kartellen, insbesondere eine unbillige Bindung an Kartellverträge, bekämpfen und verhindern; sie stellt also nur eine Sonderregelung für einen besonderen Zweck dar.

Die Kartelle bedienen sich für ihre Zwecke der Rechtsformen, die das bürgerliche und das Handelsrecht bieten. Die der ersten und zweiten Stufe sind fast ausschließlich Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder nicht rechtsfähige Vereine, selten eingetragene Vereine, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Doppelgesellschaften. Bei den letzteren erscheint die Kartellbindung in der Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Daneben besteht eine aus allen Gesellschaftern gebildete juristische Person (GmbH oder AG), die ihrerseits Gesellschafter der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft ist und als deren Geschäftsstelle, als Kontroll- und Überwachungsorgan fungiert.

Die Kartelle der dritten Stufe sind entweder (selten) Gesellschaften mit beschränkter Haftung, sogenannte Einheits-Gesellschaften m.b.H. oder (regelmäßig) Doppelgesellschaften. Die Kartellverpflichtungen sind bei der Einheits-GmbH Nebenleistungspflichten gemäß § 3 II GmbHG; sie sind also in den Gesellschaftsvertrag verwoben. Da sie beim Kartell den wesentlichsten Bestandteil ausmachen, treten sie derart in den Vordergrund, daß die Einlagepflicht dabei eine ganz untergeordnete Rolle spielt. Der vom Gesetzgeber gewollte Zweck, eine möglichst elastische Rechtsform für Erwerbsgesellschaften zu schaffen und dabei auch Nebenleistungen zuzulassen, ist hier beinahe in das Gegenteil verwandelt worden: die Nebenleistungen sind zur Hauptsache geworden, Gewinne sollen nicht erzielt werden.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts erscheint in allen Stufen, weil sie wegen der weitgehenden dispositiven gesetzlichen Regelung für die verschiedenen eigenartigen Bedürfnisse eines Kartells am geeignetsten ist.

Unberücksichtigt bleibt der seltene Fall des Kartells als loser Vertrag ohne Begründung eines Vereins- oder Gesellschaftsverhältnisses.

---

[1]) Vgl. Eger S. 4ff; Flechtheim, Rechtliche Organisation S. 13ff, 140ff.
[2]) J. v. Gierke S. 559.

§ 2. Die kartellmäßige Bindung der Mitglieder.

Wenn es in den Kartellverträgen heißt: „Die unterzeichneten Firmen X, Y, Z schließen folgenden Vertrag: . . . . . .", dann kann es zweifelhaft sein, ob die Kartellbindung geknüpft ist:

I. an die Firma als solche, oder

II. an die unterzeichneten Personen als solche, unabhängig von der Firma, oder

III. an das Unternehmen.

I. Die Firma als solche kann nicht Träger der Verbindlichkeit sein, denn sie ist kein Rechtssubjekt, sondern der Name, unter dem ein Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt, § 17 HGB. Es würde auch zu unhaltbaren Ergebnissen führen, wollte man das Gegenteil annehmen, denn es wäre dann möglich, mit der Ablegung der Firma auch die Verbindlichkeit zu zerstören; der Berechtigte wäre ohne jeden Rechtsschutz und sein Anspruch völlig der Willkür des Verpflichteten preisgegeben [3]).

II. Ist die Firma *nur* der Name eines Kaufmanns und sonst nichts, dann ist sie ein reines Persönlichkeitsrecht, ein Ausfluß seiner Persönlichkeitssphäre, ebenso wie sein bürgerlicher Name [4]). Sie ist dann die Eigenschaft einer Person, des Vollkaufmanns, und eine unter der Firma eingegangene Verbindlichkeit wäre demnach, wie regelmäßig bei jeder anderen Obligation, an die Person des Verpflichteten geknüpft. Bei dieser Auffassung wird aber übersehen, daß der bürgerliche Name den Rechtsträger als solchen in seinen *gesamten* rechtlichen Beziehungen kennzeichnet, die Firma die Person aber nur von *einer* Seite betrifft, als Träger des Unternehmens [5]). Erst das Vorhandensein eines vollkaufmännischen Unternehmens erzeugt die Vollkaufmannseigenschaft und damit das Recht und die Pflicht, eine Firma zu führen. Mit der Anschauung der Firma als einen reinen Persönlichkeitsrechts ist es auch nicht vereinbar, daß sie auf einen anderen übertragen werden kann, § 22 HGB, und daß das Recht zu ihrer Führung mit dem Wegfall des Handelsgeschäfts erlischt.

III. Nach richtiger Ansicht ist die Firma ein zum Handelsgeschäft gehöriges Immaterialgut, ein wesentlicher Bestandteil des kaufmännischen Unternehmens. Ursprünglich war zwar der Name ein reines Persönlichkeitsrecht und ist dies in bürgerlichrechtlichem Sinne auch noch. Mit seiner Verwendung zu

---

[3]) Ehrenberg in ZHR 28, 32.
[4]) Vgl. Staub-Pinner Anm. 2, 4, 5 zu § 17.
[5]) Baumbach, Wettbewerbsrecht S. 312.

einem wirtschaftlichen Zweck, insbesondere als Firma, wird er aber der Persönlichkeitssphäre entrückt und erhält einen Vermögenswert, der seiner Art nach als Immaterialgut anzusehen ist [6]).

Die Firma hat aber keinen selbständigen, vom Handelsgeschäft unabhängigen Wert; sie ist vielmehr mit dem Unternehmen derart innig verbunden, daß sie nicht ohne es existieren kann, § 23 HGB. Sie besteht solange, als noch von einem Unternehmen gesprochen werden kann, also selbst dann noch, wenn dieses soweit aufgelöst ist, daß im wesentlichen nur noch immaterielle Bestandteile vorhanden sind [7]).

Die Firma ist demnach zwar nicht der Name des Unternehmens, sondern des Unternehmers, denn nicht die tote Materie, sondern die in ihr wirkende Unternehmerpersönlichkeit ist es, die dem Unternehmen Leben und Wert verleiht. Sie ist aber von dieser Persönlichkeit derart losgelöst und dem Unternehmen als dessen wesentlicher Bestandteil zugeordnet, daß sie mit ihm auf einen andern übertragen werden kann, § 22 HGB, freilich nur unter der Voraussetzung, daß der Unternehmer ausdrücklich einwilligt.

Unter einer Firma eingegangene Verbindlichkeiten, hier die aus dem Kartellvertrag fließenden Verpflichtungen, ruhen also auf dem Unternehmen; der jeweilige Inhaber des Handelsgeschäfts ist verpflichtet, die Verbindlichkeit zu erfüllen. Diese Verpflichtung entsteht aber bei einer Veräußerung des Geschäfts ipso jure mit dem Erwerb des Handelsgeschäfts nur in dem Fall des § 25 I, II HGB, wenn das Unternehmen von dem Erwerber mit der bisherigen Firma weitergeführt wird und abweichende Vereinbarungen zwischen Veräußerer und Erwerber nicht getroffen wurden. In allen andern Fällen wird der Erwerber dem Kartell nur dann verpflichtet, wenn er ausdrücklich in den Vertrag eintritt. Geschieht das nicht, dann wird zwar das Mitglied nicht frei, das Unternehmen ist aber in der Hand eines Kartellfremden ein Außenseiter geworden. Es besteht hier zweifellos eine Gefahr für das Kartell; einen Vertrag zu Lasten eines Dritten gibt es nicht. Für diesen Fall ist in den Kartellverträgen Vorsorge getroffen dadurch, daß sich das Mitglied bei Vermeidung einer hohen Vertragsstrafe verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Rechtsnachfolger in den Vertrag eintritt [8]). Der Kartell-

[6]) So auch Callmann S. 34; Reimer, Wettbewerbsrecht S. 61 Anm. 18 und S. 440; Baumbach, Wettbewerbsrecht S. 312 und HGB Anm. 1 B und E, 3 A und B zu § 17; Adler in ZHR 85, 94 und 98.

[7]) Vgl. RGZ 110, 424.

[8]) Vgl. die betreffenden Bestimmungen in den Kartellverträgen, abgedruckt bei Waldeck S. 288, 314, 315, 329, 337, 339, 340, 341, 353, 393, 412, 430, 440, 442, 457, 468, 540.

zweck macht eine möglichst weitgehende und dauernde Bindung der einzelnen Mitglieder erforderlich und demgemäß kann es den Mitgliedern nicht gestattet sein, sich ihrer Verpflichtungen durch Verkauf des Unternehmens an einen Dritten zu entledigen, ohne die Interessen des Kartells zu beachten. Diese Bindung kann nun aber nicht so gemeint sein, daß sich der Unternehmer der Verfügung über sein Unternehmen begibt, denn das Verfügungsrecht kann weder ausgeschlossen noch beschränkt werden, § 137 Satz 1 BGB. Ein Verstoß gegen diesen Rechtssatz würde wegen unsittlicher Knebelung die Nichtigkeit der Abrede, möglicherweise des ganzen Vertrags zur Folge haben, §§ 138, 139 BGB.

Wie muß nun die Vereinbarung mit dem Rechtsnachfolger beschaffen sein, um den Zwecken des Kartells zu genügen? Sie muß bei sinngemäßer Erfüllung dahin gehen, daß der Veräußerer den Übergang des Unternehmens von der Bedingung abhängig macht, daß der Erwerber in alle Rechte und Pflichten aus dem Kartellvertrage eintritt. Dies muß auch dann als stillschweigend vereinbart gelten, wenn sich im Kartellstatut keine entsprechende ausdrückliche Bestimmung findet. Dazu nötigt der von den Parteien bei Eingehung des Kartellvertrages gewollte Zweck. Kommt der Veräußerer dieser Pflicht nicht nach, dann verstößt er gegen eine — obligatorisch wirksame, § 137 Satz 2 BGB —, dem Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend immanente Verpflichtung und muß daher die festgesetzte Vertragsstrafe bezahlen bezw. den entstandenen Schaden ersetzen.

§ 3. Wesen und rechtliche Wirkung der Liquidation.

Das Rechtsinstitut der Liquidation ist im Gesetz nicht einheitlich geregelt. Es findet sich im Handelsgesetzbuch bei der offenen Handelsgesellschaft (§§ 145 ff), Kommanditgesellschaft (§§ 161 II, 145 ff), Aktiengesellschaft (§§ 294 ff), Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 320 III, 294 ff), ferner im GmbHG (§§ 66 ff), im GenG (§§ 83 ff) und im Bürgerlichen Gesetzbuch beim rechtsfähigen Verein (§§ 47 ff) und — unter der Bezeichnung „Auseinandersetzung" — bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 730 ff). Auch ohne besondere gesetzliche Regelung werden die entsprechenden Normen gewohnheitsrechtlich für den nicht rechtsfähigen Verein und — sofern es vereinbart ist — [9]) ausnahmsweise für die stille Gesellschaft allgemein von Theo-

[9]) RG in JW 00, 19.

rie und Praxis angewandt. Wie man sieht, handelt es sich um eine typisch gesellschaftsrechtliche Einrichtung: überall dort, wo — abgesehen vom Familienrecht — auf Grund freien Willensentschlusses mindestens zwei Personen eine rechtliche Bindung zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes eingegangen sind und gleichzeitig eine rechtliche Vereinigung der dieser Zweckerreichung dienenden Vermögensmassen stattgefunden hat, ist eine irgendwie geartete Auseinandersetzung zwischen den Beteiligten erforderlich, wenn diese Vereinigung ihr Ende finden soll. Das geschieht in erster Linie im Interesse der Gesellschafter; sie können daher auch beschließen, daß eine andere als die gesetzliche Auseinandersetzung (die Liquidation) Platz greifen soll: die betreffenden Vorschriften sind nachgiebigen Rechts. Eine solche Auseinandersetzung ist dann aber keine Liquidation im Rechtssinne. Wird aber nichts vereinbart, dann tritt die Liquidation ein und zwar als zwingende Rechtsfolge der Auflösung der Gesellschaft.

Trotz der im einzelnen abweichenden Regelung der gesetzlichen Vorschriften bei den verschiedenen Gesellschaftsformen haben sie alle eine Reihe gemeinsamer Artmerkmale. Das zeigt sich, wenn man die in Betracht kommenden Paragraphen tabellenartig nebeneinanderstellt, wie es Wimpfheimer [10]) getan hat. Der Grund dafür ist, daß sie alle auf einen Urtypus zurückzuführen sind, der dem Gesetzgeber als Vorbild gedient hat, nämlich die Vorschriften des ADHGB über die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft (Art. 133).

Wimpfheimer [11]) definiert demgemäß wie folgt: Die Liquidation ist der „Abbau der Gesellschaft, vorgenommen von ihr selbst oder ihren Mitgliedern zugunsten dieser und unter bestimmten gesetzlichen Schutzmaßregeln für die Gläubiger", wobei unter „Abbau" alle die Tätigkeiten verstanden werden, die sonst als Etappen auf dem Weg zur völligen Zerstörung der Gemeinheit einzeln aufgezählt zu werden pflegen, wie Schuldeneinzug, Gläubigerbefriedigung und Verteilung des Vermögens.

Es ist Staub [12]) darin Recht zu geben, daß der Ausdruck „Abbau" nicht gerade glücklich gewählt ist. Indessen, auch er findet keinen besseren und man wird ihn daher beibehalten müssen. In einem Punkte jedoch bedarf die Begriffsbestimmung Wimpfheimers einer schärferen Präzisierung. Er bezeichnet die Liquidation als „Abbau der Gesellschaft" und meint damit [13])

---

[10]) S. 4ff.
[11]) S. 31.
[12]) Anm. 2 zu § 145.
[13]) Vgl. S. 30 a. a. O.

alle zur Liquidstellung des Vermögens nötigen und gehörigen Operationen und die sich daran anschließende Verteilung des in bar verwandelten Reinvermögens an die Anfallsberechtigten. Man muß aber zur besseren Erfassung des Wesens der Liquidation scharf auseinanderhalten diejenigen Operationen, die darauf abzielen, das Vermögen der Gesellschaft aus der bisherigen Verbundenheit zu lösen und es dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter wieder zuzuführen, der Liquidation der Gesellschaft im engeren Sinne, und diejenigen Vorgänge, die auf die Versilberung der einzelnen Vermögensgegenstände abzielen, die Liquidation des Unternehmens. Der Weg der ersteren führt zwar regelmäßig über die letztere; möglich und nicht selten ist aber auch, daß das nicht geschieht, das Unternehmen vielmehr durch Veräußerung als Ganzes an einen anderen als Einheit erhalten bleibt[14]). Mit dieser Ergänzung ist der Begriffsbestimmung Wimpfheimers zuzustimmen.

Wesentliches Merkmal der Liquidation ist die Abwicklung der Rechtsbeziehungen nach innen, die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern. Danach gibt es beim Einzelkaufmann keine Liquidation im juristisch-technischen Sinne. Wenn ein solcher Unternehmer in der Absicht, sein Geschäft aufzugeben, seine Forderungen einzieht, sein Warenlager ausverkauft und seine Gläubiger aus dem Erlös befriedigt, dann werden darauf zwar die Vorschriften der §§ 7 ff UWG über den Ausverkauf, insbesondere § 7 IV über die einjährige Sperrfrist, nicht aber die gesetzlichen Liquidationsnormen, nicht einmal entsprechend, anwendbar. Eine Registereintragung kann daher nicht stattfinden; ein juristisch genau bestimmter Zeitpunkt des Beginns der Liquidation — in allen anderen Fällen der Augenblick des Wirksamwerdens der die Auflösung begründenden Tatsachen — ist hier nicht vorhanden. Der ganze Vorgang ist rein intern, äußerlich häufig schwer erkennbar und abgrenzbar. Wenn in der Geschäftswelt dennoch auch hier von Liquidation gesprochen wird, dann meint man damit den Abbau des Unternehmens in dem oben dargelegten Sinne, wie er regelmäßig auch beim Gesellschaftsunternehmen vorkommt. In rein tatsächlicher Hinsicht also gleichen sich die „Liquidation" des Unternehmens des Einzelkaufmanns und die Liquidation des Unternehmens der Gesellschaft. Da die vorliegende Arbeit bezweckt, ganz allgemein den Einfluß aufzuzeigen, den die Liquidation eines Kartellmitgliedes auf die Kartellbeziehungen ausübt, und da ferner nicht selten Einzelkaufleute Kartellmit-

---

[14]) Vgl. Flechtheim in Düringer-Hachenburg II 2, Vorbemerkung zu § 145 Anm. 1 und RGZ 123, 155.

glieder sind, soll hier, wenngleich stets mit der (stillschweigenden) Einschränkung, daß es sich nicht um einen Vorgang im gesetzestechnischen Sinne handelt, jene „Liquidation beim Einzelkaufmann" mit einbezogen und somit von Liquidation im weiteren Sinne gesprochen werden.

Welche rechtlichen Wirkungen treten mit der Liquidation ein oder besser, da die Liquidation kein Zeitpunkt, sondern, wie sogleich gezeigt werden soll, nach richtiger Ansicht ein Stadium und zwar das letzte im Leben der Gesellschaft ist, welche Wirkungen haben die sogenannten auflösungsbegründenden Tatsachen, die ja die Ursache der Liquidation sind,

I. auf den Bestand und die Rechtsform der Gesellschaft selbst und

II. auf das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten?

I. Zunächst ändert sich allgemein der Gesellschaftszweck: war das Streben der Gesellschaft früher auf Gewinnerzielung gerichtet, so geht es jetzt dahin, das vorhandene Vermögen liquid zu stellen, um es an die Anfallsberechtigten zu verteilen; aus der werbenden ist also nur noch eine abwickelnde Tätigkeit geworden, der Gesellschaftszweck ist ein „abgeschwächter" [15]). Weiterhin ist zu erwähnen der Übergang der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis auf besondere Organe, die Liquidatoren.

O. Gierke hatte folgerichtig aus seiner Genossenschaftstheorie heraus den Satz aufgestellt, die Auflösung einer Verbandsperson sei deren Vernichtung [16]). Demzufolge sah man sich genötigt, für die Liquidationszeit entweder den Fortbestand der alten Gesellschaft zu fingieren [17]) oder aber man behauptete, die alte Gesellschaft gehe zwar unter, im Augenblick des Erlöschens entstehe aber eine neue, die Liquidationsgesellschaft, mit einem anderen, dem Liquidationszweck [18]). In beiden Fällen blieb aber unerklärlich, daß der Gesetzgeber es den Gesellschaftern noch im Auflösungsstadium gestattet, das Wiederaufleben der alten Gesellschaft zu beschließen (vgl. z. B. § 141 HGB).

Zu einer natürlichen und dem Sinne des Gesetzes gerecht werdenden Auffassung gelangt man aber nur dann, wenn man die „Auflösung gewissermaßen nicht statisch, sondern dynamisch versteht, was sprachlich ebenso gut möglich ist, nicht im Sinne eines momentanen Ereignisses, sondern im Sinne eines nunmehr einsetzenden, fließenden, in der Zeit verlaufenden Ge-

---

[15]) Flechtheim in Düringer-Hachenburg Anm. 1 zu § 156.
[16]) Genossenschaftstheorie S. 883.
[17]) so Lastig S. 178 und andere.
[18]) O. Gierke, Deutsches Privatrecht I § 70; Lehmann-Ring § 292 Anm. 1; Ritter § 292 Anm. 1.

schehens“ [19]). Danach besteht die Gesellschaft einfach fort; ihre Rechtsform und ihre Firma sind dieselben, sie bleibt nach wie vor Kaufmann und zwar Vollkaufmann, was wiederum zur Folge hat, daß ihre Geschäfte Handelsgeschäfte sind, § 343 HGB; nur ihre Zielsetzung ist eine andere geworden.

Die Identität der Rechtsform der Liquidationsgesellschaft ist bei den sogenannten Formkaufleuten, nämlich der AG (§ 210 II HGB), KommGaA (§ 320 III HGB) und GmbH (§ 13 III GmbHG) auch im Hinblick darauf, daß zuweilen die Liquidation ein völliges Aufhören der gewerblichen Tätigkeit zur Folge hat, unbestritten, denn hier wird auf den Gegenstand des Unternehmens überhaupt nicht gesehen; sie sind allein wegen ihrer Organisationsform Handelsgesellschaften und als solche Kaufleute, § 6 I HGB, und zwar immer Vollkaufleute. Die Kaufmannseigenschaft bleibt also solange erhalten, als der Registereintrag besteht.

Zweifelhaft kann dies dagegen bei den übrigen Handelsgesellschaften, der oHG und der KommG sein. § 105 HGB bestimmt, daß der Zweck einer oHG „auf den Betrieb eines Handelsgewerbes“ gehe und es erscheint folgerichtig, der oHG die Kaufmannsqualität abzusprechen, ihre Firma also im Handelsregister zu löschen, wenn dieser Zweck infolge der Liquidation und damit dem Aufhören der werbenden Tätigkeit hinfällig geworden ist. Die oHG würde sich dann mit dem Eintritt in die Liquidation in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwandeln. Eine derartige Auffassung, die offenbar auf einer ähnlichen Ansicht Flechtheims [20]) fußte, wurde auch dem OLG Karlsruhe zur Beschlußfassung unterbreitet, das [21]) dahin erkannte, daß eine oHG solange Vollkaufmann bleibt, bis sie kein Vermögen mehr hat, auch wenn sie später den Betrieb eines Handelsgewerbes aufgibt. Diesem Beschluß [22]) ist im allgemeinen zuzustimmen. Die Begründung beruht ausschließlich auf praktischen Erwägungen: ist die Gesellschaft Grundstückseigentümerin, dann würden diese Grundstücke nunmehr der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht gehören, denn auf deren Namen können sie nicht eingetragen werden; es müßte eine Umschreibung auf die einzelnen Gesellschafter vorgenommen werden; ferner würden die gesetzlichen Sicherungen für die Gläubiger erlöschen. Daß das nicht die ratio legis sein kann, ist einleuchtend. Bondi bemerkt zu-

---

[19]) So Brodmann Anm. 1 zu § 60; vgl. auch RGZ 41, 95; 48, 311; 92, 83; im „Recht“ 1910, 1162; 1912, 3423.

[20]) in Düringer-Hachenburg II 2 Vorbemerkung V vor § 131.

[21]) vom 14. Juli 1928 in JW 1928, 2644.

[22]) vgl. auch KG in HoldhMSch 11, 29; OLGR 24, 171; Staub-Pinner § 17 Anm. 15; Pisko in Ehrenbergs Handbuch II, 290.

stimmend dazu[23]), daß dieselbe Mißlichkeit hinsichtlich der Übertragung besteht, wenn die oHG beschränkte persönliche Dienstbarkeiten im Sinne der §§ 1090 ff BGB besaß, die gemäß § 1092 nicht an Rechtsnachfolger übertragen werden können, gibt aber zu bedenken, ob nicht hinsichtlich des Vorhandenseins von Vermögen die gleiche Beurteilung Platz greifen müsse wie bei der Aktiengesellschaft, wo nach herrschender Ansicht[24]) der Fortfall jedes Vermögens auch nicht als Auflösungsgrund angesehen wird. Diese extensive Auslegung Bondis verdient vollen Beifall. Soll eine Rechtsunsicherheit vermieden werden und soll in weitgehendem Maße die Möglichkeit des Wiederauflebens der Gesellschaft erhalten bleiben, dann muß die Rechtsform auch der oHG und KommG ohne Rücksicht auf das Bestehen eines Gewerbebetriebes oder das Vorhandensein von Vermögen solange unverändert bleiben, als der Registereintrag besteht; zur Änderung des Eintrags bieten die beiden genannten Tatsachen keinen Anlaß.

II. Die Rechtsverhältnisse Dritter werden durch die Liquidation grundsätzlich nicht berührt: weder tritt bei Forderungen ein vorzeitiger Verfall ein, noch werden Dauerschuldverhältnisse — und zu ihnen gehören die Kartellverpflichtungen — ohne weiteres aufgelöst[25]). Aber auch ein Recht zu vorzeitiger Kündigung entsteht nicht ohne weiteres. Darüber ist unten im § 6 näher zu handeln. Ausnahmen sind nur insoweit zulässig, als dies in der Natur des Rechtsverhältnisses selbst begründet liegt[26]): mit Hilfe der Auslegung ist festzustellen, ob nach Art und Zweck der Vereinbarung diese mit dem Eintritt der Liquidation dennoch ihr Ende erreichen sollte. Es kann sich dabei ergeben, daß der Vertrag unter einer stillschweigend vereinbarten Bedingung geschlossen wurde. Alles das kommt für Kartellverträge nicht in Betracht, denn ihrer ganzen Struktur nach sind sie auf eine möglichst weitgehende Bindung des Einzelnen abgestellt.

---

[23]) JW 1928, 2644.

[24]) Vgl. Staub-Pinner Anm. 23 zu § 292; dort weitere Literatur und Judikatur.

[25]) RG in LZ 08, 60 und 08, 938.

[26]) vgl. RGZ 123, 151ff.

2. Kapitel.

Der Einfluß der Liquidation auf die Kartellbeziehungen.

§ 4. Liquidation und Unmöglichkeit der Leistung.

Berührt die Liquidation an sich die Rechtsverhältnisse Dritter nicht, dann fragt es sich, ob vielleicht durch die mit ihr verbundenen tatsächlichen Ereignisse eine inhaltliche Umgestaltung oder Veränderung jener Verhältnisse eingetreten ist. Der veränderte Gesellschaftszweck bedingt regelmäßig zunächst eine teilweise, dann eine völlige Stillegung des Fabrikationsbetriebes; schließlich werden die Betriebsmittel, d. h. die der Fabrikation dienenden Gegenstände, die Maschinen, Gerätschaften, Rohmaterialien usw. versilbert; das Unternehmen geht nach und nach seiner völligen Auflösung entgegen. Welchen Einfluß haben diese Ereignisse auf den Inhalt eines Rechtsverhältnisses, hier des Verhältnisses zwischen Kartellmitglied und Kartell? Die Antwort läßt sich nur an Hand der Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Unmöglichkeit geben und dazu ist es zunächst erforderlich, darüber Klarheit zu schaffen, was im BGB unter Unmöglichkeit verstanden wird und ob die betreffenden Rechtssätze im Gesellschaftsrecht Anwendung finden können. Jenes wird im Abschnitt I, dieses im Abschnitt II behandelt werden.

I. Die Unmöglichkeit im Recht.

a) Tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit.

Unmöglich ist im Rechtssinne zunächst alles, was physisch unmöglich ist. Die Erbringung einer Leistung aus einem Schuldverhältnis ist aber *in juristischem Sinne* nicht nur dann unmöglich, wenn sie tatsächlich nicht erbracht (z. B. die verkaufte und nicht übergebene Speciessache verbrannt ist), sondern auch dann, wenn beim Vorliegen ganz besonderer, außerordentlicher Umstände die Leistung nur unter Aufwendung übermäßig großer Opfer bewirkt werden kann (z. B. der verkaufte und noch nicht übergebene Ring fällt in den Fluß). Der juristische Unmöglichkeitsbegriff geht also erheblich weiter als der logische[27]). Die Frage, ob eine Leistung unmöglich geworden ist, ist hiernach nicht nur vom logischen, sondern auch vom wirt-

[27]) Titze, Unmöglichkeit S. 2.

schaftlichen Standpunkt aus zu beurteilen, und stets unter Berücksichtigung des das gesamte Schuldrecht beherrschenden Grundsatzes des § 242 BGB: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." In jedem Fall muß sich der Schuldner in einer gewissen Zwangslage befinden, soll überhaupt von Unmöglichkeit der Leistung die Rede sein. Der Anwendung dieser Grundsätze stehen auf dem Gebiete der Leistungen, die durch ein positives Tun zu erbringen sind, keine großen Schwierigkeiten entgegen [28]).

Anders ist das bei *Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen*. Hier hat der Gesetzgeber selbst die Unterscheidung zwischen dem logischen Unmöglichkeitsbegriff — eine Unmöglichkeit der Unterlassung ist im Gebiete der Logik nicht denkbar — und dem juristischen vorgenommen, indem er im § 241 Satz 2 BGB bestimmt: „Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen" und damit implicite erklärt, daß auch auf diese Leistungen die allgemeinen Unmöglichkeitsgrundsätze Anwendung finden sollen. Also auch hier ist die Unterlassung unmöglich, wenn ihr solche Hindernisse im Wege stehen, daß sie dem Schuldner nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zugemutet werden kann [29]). Die doppelte Negation „Unmöglichkeit der Unterlassung" führt allerdings zu Unbequemlichkeiten im Denken und verführt zu Fehlkonstruktionen, wie Staub [30]) an dem Beispiel von Goldmann-Lilienthal treffend nachweist. Handelt es sich um sogenannte *negative Unterlassungspflichten*, d. h. solche, die lediglich die Kehrseite einer positiven Leistungspflicht darstellen, dann sind die Grundsätze über die Unmöglichkeit der Unterlassung entbehrlich, denn hier führen die Rechtssätze über die positive Vertragsverletzung zum Ziel. Anders bei den sogenannten *positiven Unterlassungspflichten*, d. s. solche, die von den Parteien ausdrücklich zum Inhalt des Vertrages gemacht wurden. Es ist denn auch versucht worden, unter voller Anerkennung der logischen Notwendigkeiten eine juristisch befriedigende Lösung zu finden. Hier sei nur die von Krückmann [31]) als die wohl verbreitetste näher dargelegt. Krückmann geht aus von Hartmanns rein logischer sogenannter negativer Notwendigkeit [32]), will aber „nicht die reine Vernunft, sondern die prak-

---

[28]) So auch Staudinger Vorbem. zu §§ 275—282; dort weitere Literatur und Judikatur.
[29]) Titze, Unmöglichkeit Anm. 28 S. 14.
[30]) Positive Vertragsverletzungen S. 10/11.
[31]) ArchzivPrax 101, 1ff.
[32]) Hartmann, Die Obligation S. 172.

tische Vernunft" entscheiden lassen[33]) und zu diesem Zweck dem Schuldner eine „Einrede aus entgegenstehendem eigenem gewichtigen Interesse" oder „aus wichtigem Grunde" geben. Aber „praktische Vernunft" liegt auch dem juristischen Unmöglichkeitsbegriff zugrunde, nur mit dem Unterschied, daß es hier nicht einer Einrede bedarf. Daß Krückmann genötigt ist, seine Zuflucht zur Gewährung einer Einrede zu nehmen zeigt an, daß mit dem rein logischen Begriff nicht auszukommen ist. Eine solche Einrede würde in der Praxis auch viel zu weit führen, weil sie auch die vom BGB abgelehnte allgemeine clausula rebus sic stantibus mit umfaßt. Schließlich aber setzt sich Krückmann in direkten Widerspruch zu der Vorschrift des § 275 II BGB, wenn er[34]) seine Einrede unterschiedslos in allen Fällen der ursprünglichen und nachfolgenden Unmöglichkeit gibt und nur § 285 BGB gelten läßt[35]). Ähnlich Beyer[36]), und Hölder[37]). Aber auch Lehmann[38]) geht, obgleich er im wesentlichen mit der hier vertretenen Auffassung übereinstimmt, von der Hartmannschen Theorie aus. Ebenso Brecht[39]), der mit einem „Prinzip der Kraftanstrengung": „Der Schuldner hat die rechtliche Pflicht, nach Maßgabe des Rechtsgeschäfts, auf dem das Schuldverhältnis beruht, zwecks Befriedigung des Gläubigers sich anzustrengen und Aufwendungen zu machen"[40]) aushelfen will. Rabel[41]) behauptet, im Falle der „Unerschwinglichkeit der Leistung" sei § 275 BGB nicht unmittelbar, sondern nur analog anwendbar. Allein praktisch besteht kein Unterschied, ob man diese Vorschrift unmittelbar oder „nur" analog anwendet.

Alle diese Lösungsversuche enthalten keine rein logischen Konsequenzen; ihre Vertreter sehen sich alle mehr oder weniger gezwungen, den vielfachen Anforderungen des praktischen Lebens gerecht zu werden und müssen dabei sehr gewundene Wege gehen, die nicht immer zum Ziele führen. Der rein logische Unmöglichkeitsbegriff muß eben zugunsten der Anschauung des Lebens verlassen werden, weil das Recht „nicht ein System reiner Logik, sondern das System einer Lebensordnung ist[42])."

---

[33]) S. 62 a. a. O.
[34]) JherJ 59, 233ff.
[35]) Vgl. Titze, Unmöglichkeit S. 73 Note 19.
[36]) Unmöglichkeit und Verzug, HansRZ 1921, 778.
[37]) Im „Recht" 1911, 677ff.
[38]) Unterlassungspflicht S. 236ff.
[39]) JherJ 53, 213ff.
[40]) S. 242 a. a. O.
[41]) RheinZ 3, 483ff.
[42]) Staudinger II 1 Vorbem. I 1 c zu §§ 275—282; mit ihm auch die dort angegebene herrschende Lehre und das Reichsgericht in ständiger Praxis.

b) Vollständige und teilweise Unmöglichkeit.

Von großer Bedeutung für den Einfluß der Unmöglichkeit auf ein Schuldverhältnis ist die Frage, ob die Leistung vollständig oder nur teilweise unmöglich geworden ist. Denn nach § 275 BGB tritt Befreiung nur ein, "soweit die Leistung . . . . . unmöglich wird"; das Schuldverhältnis bleibt also mit einem auf den möglichen Teil der Leistung reduzierten Inhalt erhalten [43]). Damit erhebt sich die Frage der Teilbarkeit einer Leistung.

Zunächst ist unteilbar im Rechtssinne jede Leistung, die nicht ohne Beeinträchtigung ihres Wesens in eine Mehrheit von kleineren, dem Ganzen gleichartigen Teilleistungen zerlegt werden kann. Demgemäß sind insbesondere teilbar mehrere aus einem einheitlichen Schuldverhältnis entspringende gleichartige (z. B. Sukzessivlieferungen) oder ungleichartige (z. B. auf ein Tun und daneben auf positive Unterlassungen gerichtete) Leistungen; unteilbar alle Unterlassungsleistungen.

Dann aber kann die Unteilbarkeit auch auf dem Willen der Parteien beruhen; der einheitliche Zweck, dem die an sich teilbare Leistung dienen soll, kann sie zu einer unteilbaren machen: hat die eine Leistung ohne gleichzeitige Bewirkung der anderen für den Gläubiger keinen Wert, dann ist vollständige Unmöglichkeit eingetreten [44]). Dabei ist aber zu beachten, daß die Zweckbestimmung Inhalt des Vertrages ist, der Schuldner also auch diesbezüglich ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt haben muß. Maßgebend ist also nicht der nach Eintritt der Unmöglichkeit vorhandene Gläubigerwille, die Teilleistung anzunehmen oder nicht, also das alleinige Interesse des Gläubigers, wie Krückmann [45]) mißverständlich lehrt, sondern der von den Parteien dem Vertrag bei seinem Abschluß beigelegte objektive Zweck.

Was aber ist gegenüber den Teilleistungen als das Ganze anzusehen? Die Frage gewinnt in der vorliegenden Untersuchung ganz besonders an Bedeutung. Der Kartellvertrag legt dem Mitglied eine ganze Reihe verschiedenartiger Verpflichtungen auf, nämlich Unterlassungen: Einhaltung einheitlicher Verkaufs- und Lieferungsbedingungen, Mindestpreise, Produktionsmengen etc.; positive Leistungen: Erfüllung der zugewiesenen Lieferungsaufträge, Stellung von Sicherheiten, Zahlung des Unkostenbeitrags etc.; daneben Duldung der Kontrolle durch die dazu berufenen Kartellorgane und

---

[43]) RGRK Anm. 1 zu § 275; RGZ 140, 383.

[44]) Vgl. Kisch S. 161ff; Staudinger II 1 Vorbem. A I 2 c vor §§ 275—282; Titze S. 43ff.

[45]) Institutionen S. 375.

Erteilung der erforderlichen Auskunft, Verschwiegenheit gegenüber Außenstehenden u. a. Außer den typischen Kartellverpflichtungen bestehen noch die aus der Mitgliedschaft innerhalb der gesellschaftlichen Organisation fließenden: Die Pflicht zur Zahlung der Stammeinlage (bei Gesellschaften m.b.H.), unter Umständen die Pflicht zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung u. a. Ist alles dies nach dem Willen der Parteien eine untrennbare Einheit oder handelt es sich um mehrere selbständige Einheiten?

Ist das Kartell als Doppelgesellschaft aufgezogen, dann liegt die Trennung klar zutage: die Parteien wollen von Anfang an zwei selbständige Organismen, die auch äußerlich voneinander getrennt sind, freilich innerlich in einem gewissen Zusammenhang stehen. Die innerhalb der Gesellschaft bürgerlichen Rechts übernommenen Pflichten, einerlei, ob daneben noch eine juristische Person als Organ besteht oder nicht, müssen als eine Einheit aufgefaßt werden. Dafür spricht schon der Umstand, daß in der Regel alle diese Pflichten gleichzeitig versprochen und in einem Vertrage schriftlich niedergelegt sind. (Die Schriftform ist zwingend vorgeschrieben: §§ 1, 21 KartVO). Es geht nicht an, aus dieser Einheit einen unselbständigen Pflichtenkomplex, z. B. das bei Syndikaten bestehende Lieferungsverhältnis zwischen Syndikat und Mitglied, herauszuheben und als einen selbständigen Vertrag, etwa einen Kaufvertrag, anzusprechen, wie es Werneburg [46]) in dem Bestreben, für die Tatsache der Übertragbarkeit der bloßen Beteiligungsziffer eine plausible Konstruktion zu finden, getan hat. Werneburg geht dabei von einer Entscheidung des Reichsgerichts [47]) aus, in der die Quote des Kohlensyndikats als ein Schuldverhältnis bezeichnet wird, „dessen wesentlicher Inhalt in dem Forderungsrechte gegen das Syndikat auf Abnahme der durch den Bergbau erzielten Produkte besteht." Man kann aber im öffentlichen Recht wurzelnde Verhältnisse — das Kohlensyndikat ist ein Zwangssyndikat — nicht auf das Privatrecht übertragen. Die Konstruktion Werneburgs ist daher verfehlt.

II. Die Unmöglichkeit im Gesellschaftsrecht.

a) Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Wie bereits im § 1 erwähnt wurde, ist bei den meisten Kartellen die Bindung der Mitglieder eingekleidet in die Rechtsform einer Gesellschaft

[46]) in ZBH 1929, 210ff.
[47]) RGZ 70, 283.

bürgerlichen Rechts. Diese Gesellschaft ist „der Vertrag, durch den sich mehrere Personen gegenseitig verpflichten, einen gemeinsamen Zweck durch ihr Zusammenwirken zu fördern, § 705 BGB [48])." Der Gesellschaftsvertrag ist also ein gegenseitiger, denn jeder Gesellschafter verspricht seine Leistungen dafür, daß auch die andern sich zu Leistungen verpflichten. Nach dem Willen der Vertragschließenden soll die Leistungspflicht eines Gesellschafters nur entstehen, wenn auch die der übrigen Gesellschafter entsteht. Jeder Gesellschafter hat gegen die andern einen Anspruch auf Mitwirkung zur Erreichung des Zweckes. Der Vertrag ist aber „nicht auf den Austausch, sondern auf die Vereinigung von Leistungen zu einem gemeinsamen Zweck gerichtet." Diese Eigenart des Gesellschaftsvertrages ist bei der Auslegung stets zu berücksichtigen [49]). So auch die ganz überwiegende Meinung und das Reichsgericht [50]). Der gemeinsame Zweck besteht bei den Kartellen in der Wahrung und Förderung der gemeinsamen Interessen, insbesondere der Verhinderung schädigenden Wettbewerbs und der Regelung des Absatzes der kartellierten Waren [51]). Mittel zum Zweck sind die von den Gesellschaftern übernommenen Verpflichtungen.

Ist der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger, dann müssen auch die allgemein für gegenseitige Verträge gegebenen Vorschriften der §§ 320 ff BGB, insbesondere die §§ 323 ff zur Anwendung kommen. Das ist grundsätzlich richtig. Dennoch kann das nur in einem, noch dazu sehr seltenen und hier kaum in Betracht kommenden Fall unbedenklich geschehen, nämlich dann, wenn die Gesellschaft nach außen überhaupt noch nicht in die Erscheinung getreten ist. Denn man muß, will man nicht Verwirrung und Rechtsunsicherheit hervorrufen, jener oben erwähnten Eigenart des Gesellschaftsverhältnisses, das nicht wie bei anderen gegenseitigen Verträgen, auf Austausch, sondern auf Vereinigung mehrerer Leistungen zu einem gemeinsamen Zweck gerichtet ist, Rechnung tragen. Ist die Gesellschaft erst einmal nach außen hervorgetreten, dann sind mannigfaltige Rechtsbeziehungen zu Dritten entstanden, die nicht ohne weiteres durch Ausübung des dem Gläubiger wahlweise neben der Schadensersatzforderung gegebenen, ex tunc wirkenden Rück-

---

[48]) Vgl. Enneccerus-Lehmann S. 560.

[49]) Staudinger-Geiler II 3 Vorbemerkung II 5 vor §§ 705ff.

[50]) Vgl. Staudinger Anm. II 2 zu § 705, wo weitere Literatur und Judikatur; a. M. vor allem Endemann, Lehrbuch I § 181 Anm. 10 und Titze, Unmöglichkeit S. 303 und 163 Anm. 1; über sie unten S. 17.

[51]) Vgl. u. a. § 1 des Statuts des Verbandes der Flaschenfabriken, bei Waldeck S. 439.

trittsrechts (§§ 325, 346 ff BGB) ausgelöscht werden können. Darüber hinaus würden Schwierigkeiten bei der Auseinandersetzung über das gesamthändig verbundene Gesellschaftsvermögen entstehen. In allen diesen Fällen bleibt nichts anderes übrig, als die lex specialis des Gesellschaftsrechts, den § 723 BGB, vor den allgemeinen Normen der §§ 323 ff BGB anzuwenden. So auch die allgemeine Meinung. Eine Ansicht, die allein auf die §§ 323 ff abstellen will, findet sich nirgends. Ob und wann aber im Einzelfall nicht doch die allgemeinen Vorschriften herangezogen werden können, darüber herrscht Streit.

Für völlig unanwendbar halten die §§ 323 ff Cosack [52]), Kipp-Windscheid [53]), Rettig [54]) und wohl auch Kohler [55]) und Dernburg [56]). Ebenso Endemann [57]), der deshalb ablehnt, weil er in dem Gesellschaftsvertrag keinen gegenseitigen Vertrag sieht. Nach seiner Ansicht bedeutet „gegenseitig" im § 705 soviel wie „einander" oder „wechselseitig". Eine solche Deutung kann aber aus dem Gesetz nicht herausgelesen werden. Ebenfalls ablehnend Titze [58]), der auch die Ansicht des Gesellschaftsvertrages als eines gegenseitigen verwirft, aber aus der unzutreffenden Behauptung heraus, gegenseitige Verträge seien nur die synallagmatischen. Für den Begriff des gegenseitigen Vertrages ist aber nur wesentlich, daß jede Leistung als Entgelt für die Leistung des Gegners versprochen wird [59]). Planck [60]) unterscheidet den Fall, wo sich in der Gesellschaft nur zwei Gesellschafter gegenüberstehen, von dem, wo es mehr als zwei sind, und will im ersten Fall die §§ 323 ff anwenden. Ihm folgt mit einigen Einschränkungen Oertmann [61]) [62]). Allein eine solche Unterscheidung dürfte schwerlich mit dem Gesetz in Einklang stehen, das bestimmt nicht zwei Arten von Gesellschaftsverträgen und damit verschiedene Rechtssätze angewendet wissen will [63]).

Richtig und den gesellschaftlichen Bedürfnissen hinreichend Rechnung

---

[52]) § 277 I 5 c.
[53]) S. 785.
[54]) Stille Gesellschaft S. 20.
[55]) Lehrbuch Bd. II S. 259ff.
[56]) Bd. II § 357 S. 612ff.
[57]) Lehrbuch Bd. I § 181 Anm. 10.
[58]) Unmöglichkeit S. 303 und S. 163 Anm. 1.
[59]) Enneccerus-Lehmann S. 110.
[60]) 4. Aufl. 1928 Bd. 2, 2 Vorbem. IV vor § 705.
[61]) Bd. I 2, 2 S. 1135.
[62]) Vgl. auch OLG Marienwerder in OLGR 8, 80f, wo es sich aber um eine Gesellschaft von mehr als zwei Personen handelt.
[63]) So auch Dernburg II S. 612 und Endemann, Lehrbuch I S. 1135.

tragend ist allein die eingangs dargelegte, vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung[64]), Isay-Tschierschky[65]) und anderen[66]) vertretene Ansicht, daß die §§ 320 ff zwar grundsätzlich Anwendung finden, dann aber, wenn das durch den Gesellschaftsvertrag begründete Gesellschaftsverhältnis bereits zur Ausführung gelangt ist, durch die Sondervorschrift des § 723 BGB ersetzt werden. Wenn nun im § 723 BGB hervorgehoben wird, daß insbesondere das Unmöglichwerden der Erfüllung einer Verpflichtung einen wichtigen Kündigungsgrund abgibt, dann können für die Frage der Unmöglichkeit nur die allgemeinen Vorschriften der §§ 275 ff BGB, nicht aber die besonderen der §§ 323 ff in Betracht kommen.

b) Bei den juristischen Personen.

Die Anwendung der §§ 275 ff BGB konnte bei dem als gegenseitigen erkannten Gesellschaftsvertrag der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft aus seiner Rechtsnatur heraus bejaht werden. Können jene Vorschriften aber auch auf juristische Personen, auf das Verhältnis zwischen Mitglied und Körperschaft oder genauer, wie hier, auf das Verhältnis des liquidierenden Mitglieds, bei dem möglicherweise eine Unmöglichkeit zur Leistung eintreten kann, zum Kartell, angewendet werden?

Die Anschauung der juristischen Person als einer realen Verbandspersönlichkeit, die eines eigenen wirklichen Willens fähig ist und durch ihre Organe handelnd auftritt[67]), darf wohl heute noch als die herrschende im deutschen Privatrecht angesehen werden, nachdem O. Gierke in seiner Genossenschaftstheorie dieser aus deutschrechtlicher Wurzel stammenden Rechtsauffassung gegenüber der römisch-rechtlichen Vertragstheorie wieder zum Recht verholfen und sie weitergeführt hat. Die Gesamtheit aller Mitglieder bildet also in ihrer Verbundenheit die juristische Person. Jedem Mitglied obliegt kraft seiner Mitgliedschaft die Erfüllung der von ihm übernommenen Pflichten und zwar der juristischen Person gegenüber. Danach kann man gleichzeitig Mitglied und Schuldner derselben juristischen Person sein. Die Mitgliedschaft ist gleichsam die Quelle, aus der für Körperschaft und Einzelmitglied Rechte und Pflichten entspringen[68]). Es besteht also ein Rechts-

[64]) RGZ 76, 279; 78, 305; 81, 304; 83, 335, 339; 112, 283.
[65]) Anm. 17 S. 173.
[66]) vgl. Crome, System II § 280 Anm. 2.
[67]) O. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 479.
[68]) Vgl. Planck-Siber, Vorbemerkung zu § 241 I 1 a und Riesenfeld S. 24.

verhältnis zwischen zwei Personen; man muß eine Körperschaftssphäre und eine Individualsphäre unterscheiden. So auch die herrschende Meinung [69]). Die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse und somit die §§ 275 ff BGB können also unbedenklich auch auf das zwischen Körperschaft und Mitglied bestehende Schuldverhältnis angewendet werden.

III. Die Unmöglichkeit bei der Unternehmensliquidation.

Ist durch die Liquidation eine nachträgliche Unmöglichkeit zur Erbringung der Leistungen aus dem Kartellvertrage eingetreten? Diese Frage kann nicht allgemein beantwortet werden, denn man muß stets berücksichtigen, daß die Liquidation kein Zeitpunkt, sondern ein Zeitabschnitt, das letzte Lebensstadium einer Gesellschaft ist. Im folgenden sollen drei Zeitpunkte in diesem Stadium, die sich auch äußerlich unschwer feststellen lassen, näher ins Auge gefaßt und es soll untersucht werden, ob und inwieweit die Grundsätze über die Unmöglichkeit bei ihnen Platz greifen:

a) der Zeitpunkt des Eintritts in die Liquidation;

b) der Zeitpunkt der völligen Stillegung des Betriebes;

c) der Zeitpunkt der völligen Beseitigung oder Unbrauchbarmachung der Betriebsmittel, d. h. der dem Fabrikationsbetrieb dienenden Maschinen, Gerätschaften, Rohmaterialien usw.

Wie man sieht, ist dabei zunächst an eine Liquidation des ganzen Unternehmens gedacht; die Verhältnisse bei der Liquidation unter Wahrung der Unternehmenseinheit (Liquidation nur der Gesellschaft) werden unten im § 9 behandelt.

a) Die Unmöglichkeit im Zeitpunkt des Eintritts in die Liquidation.

Tritt ein kartelliertes Unternehmen in das Stadium der Liquidation, dann ist damit regelmäßig zunächst nicht eine völlige Stillegung des Betriebes, sondern nur entsprechend dem veränderten Gesellschaftszweck eine Beschränkung nach Maßgabe der zur Abwicklung erforderlichen Geschäfte verbunden. Die noch vorliegenden Aufträge müssen ausgeführt und insoweit muß die Produktion aufrecht erhalten werden. Bei diesen Abwicklungsgeschäften müssen auch die Kartellverpflichtungen eingehalten werden: die vereinbarten Kon-

[69]) Vgl. die Angaben bei Riesenfeld S. 10 Anm. 5 und S. 11 Anm. 11.

ditionen, Preise, Absatzgebiete etc. sind zu respektieren; vom Syndikat überwiesene und angenommene Lieferungsaufträge sind ordnungsmäßig zur Ausführung zu bringen. Die Nichtbeachtung der Kartellverpflichtungen unter Hinweis auf die eingetretene Liquidation wäre ein zu Schadensersatz verpflichtender Vertragsbruch. Denn die bloße Tatsache, daß das Unternehmen in Liquidation getreten ist, begründet noch keine Unmöglichkeit der Leistung. Tatsächlich liegen die Verhältnisse nicht wesentlich anders, als wenn das Mitglied aus Rationalisierungsgründen einen Teil seiner Betriebsmittel stillegt. Dann tritt auch in den Kartellbeziehungen keine Änderung ein.

Die Liquidatoren sind nicht gehindert, zur Abwicklung schwebender Geschäfte neue einzugehen. Auch für diese gilt das eben Gesagte. Wie aber steht es mit den manchmal nicht geringen Lagerbeständen, die im Zeitpunkt des Beginns der Liquidation vorhanden sind und für die bisher ein Abnehmer nicht gefunden wurde bezw. (bei Syndikatsmitgliedern) für die noch keine Syndikatsaufträge vorliegen? Ist der Liquidator verpflichtet, ohne Rücksicht auf den veränderten Geschäftszweck die Unterlassungsvereinbarungen einzuhalten? Das wird dann zu verneinen sein, wenn eine Unmöglichkeit zur Leistung vorliegt, d. h. wenn in der Person des Schuldners eine gewisse Zwangslage oder Notstandssituation eingetreten ist, durch die er genötigt wird, die untersagte Handlung vorzunehmen. Dabei darf aber nicht der Maßstab der §§ 228 oder 904 BGB angelegt werden; für die Beurteilung gilt vielmehr wiederum der Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte des § 242 BGB[70]). Innerhalb dieses Rahmens hat eine billige Abwägung der beiderseitigen Interessen stattzufinden, wobei der wirtschaftliche Zweck der Vereinbarungen zu berücksichtigen ist[71]); es ist vom objektiven Standpunkt aus festzustellen, ob es dem Schuldner zuzumuten ist, die Leistung weiterhin zu erbringen[72]).

Danach wird man zu folgendem Ergebnis kommen: Die Mitglieder sind die kartellmäßige Bindung eingegangen, um die Rentabilität ihrer Betriebe zu steigern und demgemäß ist ein Kartell „eine Schutzgemeinschaft, die der Leitung jede Rücksichtnahme auf berechtigte Sonderinteressen der Mitglieder gebietet, aber alle Mitglieder verpflichtet, auf ihre eigenen Belange wie auf die der übrigen Mitglieder und der Gesamtheit Rück-

---

[70]) Vgl. Staudinger Vorbem. A I 1 zu §§ 275—282; Schollmeyer S. 96; Kleineidam S. 12; Titze, Unmöglichkeit S. 7.

[71]) Vgl. RGZ 68, 128; 65, 37; 82, 50.

[72]) Vgl. Staudinger II 1 S. 53.

sicht zu nehmen“ [73]). Sind nun bei einem liquidierenden Gesellschafter noch Restbestände kartellierter Ware vorhanden, die im Interesse der Liquidation möglichst schnell und möglichst günstig abgestoßen werden müssen und ist es dem Liquidator trotz allen Bemühens nicht gelungen, sie zu normalen Bedingungen zu verkaufen, dann haben die übrigen Gesellschafter nicht nur die Pflicht, die Nichteinhaltung der Kartellverpflichtungen zu gestatten, sie haben sogar dabei mitzuwirken, daß jenes Sonderinteresse erfüllt wird; denn es ist nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der gesamten Umstände eine Zwangslage eingetreten, die eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Unterlassungspflichten zur Folge hat. Das Interesse des Kartells an möglichst ausnahmsloser einheitlicher Belieferung des Marktes muß dagegen zurücktreten. Die anderen Gesellschafter würden sich, wollten sie auf Erfüllung bestehen, der exceptio doli generalis aus § 242 BGB aussetzen.

Nach dem Syndikatsvertrag ist das Mitglied verpflichtet, die ihm zugewiesenen Lieferungsaufträge zu erfüllen. Welchen Einfluß hat die Liquidation auf diese Pflicht? Man könnte meinen, ihre Erfüllung liege auch im Rahmen der Abwicklungsgeschäfte und das Interesse des Syndikats daran, einen Auftrag gerade diesem Mitglied zuzuweisen, sei oft nicht gering. Auch hier entscheiden die Grundsätze über die Unmöglichkeit.

Die Liquidatoren dürfen zwar zur Beendigung schwebender Geschäfte neue eingehen, werbende aber sind ihnen untersagt. Ob ein Geschäft dem Abwicklungszweck dienlich ist oder nicht, ist vom rein wirtschaftlichen Standpunkt aus zu beurteilen und steht im Ermessen der Liquidatoren. Danach ist die aufgeworfene Frage wie folgt zu beantworten.

Unter Berücksichtigung des Vertragszweckes und der bei dem liquidierenden Mitglied eingetretenen Änderung des Gesellschaftszwecks ist es dem Mitglied nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten, andere als die von den Liquidatoren im Rahmen der Abwicklungsgeschäfte angenommenen Lieferungsaufträge auszuführen, weil infolge der Liquidation ein der objektiven Unmöglichkeit gleichzusetzendes Unvermögen zur Leistung (§ 275 II BGB) vorliegt. Die volle Erfüllung der Lieferungsverpflichtung aus dem Syndikatsvertrage würde für das Mitglied nicht nur mit übermäßig großen Opfern verbunden sein, sie würde sogar den ganzen Liquidationszweck illusorisch machen.

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß im ersten Liquidationsstadium im wesentlichen eine Leistungsunmöglichkeit nicht eingetreten ist. Lediglich im Hinblick auf die Restlagerbestände besteht eine auf sie beschränkte

[73]) KartG vom 28. 2. 1933 in DJZ 1933, 913.

und mit ihrer Veräußerung drohte, also vorübergehende Unmöglichkeit zur Erhaltung der Unterlassungsverpflichtungen, so aber das Rechtsverhältnis zum Kartell unberührt läßt. Gehört das Mitglied einem Syndikat an, dessen Lieferungsaufträge es nach dem Syndikatsvertrag ausführen hat, dann beschränkt sich jetzt die Lieferungspflicht auf die von den Liquidatoren angenommenen Aufträge. Die Pflichterfüllung ist teilweise unmöglich geworden, das Schuldverhältnis ist reduziert auf die noch möglichen Leistungen, bleibt aber mit diesem Inhalt bestehen.

Die gesetzliche Grundlage für die Befreiung von der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit ist in beiden Fällen der § 275 BGB. Dabei wird zumeist unterstellt, daß das Mitglied die Unmöglichkeit nicht schuldhaft (§ 276 BGB) verursacht, es diesen Umstand also nicht zu vertreten hat.

b) Die Unmöglichkeit im Zeitpunkt der völligen Stillegung des Betriebes.

Sind die zu teilweiser Aufrechterhaltung der Produktion erforderlich machenden schwebenden Geschäfte abgewickelt, dann wird der Betrieb völlig stillgelegt. Die Verwertung der Betriebsmittel ist jetzt das alleinige Ziel der Liquidatoren. Daran kann das Kartell das Mitglied überhaupt nicht hindern, wie es ihm verwehren kann, in Liquidation zu gehen, denn kein Unternehmer kann gezwungen werden, seinen Gläubigern zuliebe den Betrieb aufrecht zu erhalten. Von einer Unmöglichkeit der Unterlassung kann jetzt keine Rede mehr sein, denn nicht der Betrieb selbst, dann kann auch gegen die Unterlassungsverpflichtungen nicht mehr verstoßen werden. Ist das Mitglied einem sogenannten niederen Kartell (z. B. die Kartelle der ersten und zweiten Stufe im Gegensatz zu den Syndikaten) verpflichtet, bei dem diese Pflichten im wesentlichen in Unterlassungen bestehen, dann hat sich aus dem Gesichtspunkt einer Unmöglichkeit heraus das Rechtsverhältnis nicht geändert. Aber auch die Pflicht, Beiträge zu den Lasten des Kartells zu leisten, besteht ungeschmälert fort, denn die Beitragspflicht entspringt unmittelbar aus der Mitgliedschaft als solcher und diese ist auch von vor bestehen geblieben.

Etwas anderes liegt es bei den Mitgliedern von Syndikaten. Aus der teilweisen Unmöglichkeit zur Lieferungserfüllung ist jetzt eine vollständige geworden. Damit erhebt sich die Frage, ob das Mitglied nicht nach § 275 BGB a l l e r seiner Verpflichtungen ledig geworden ist, denn die Lieferungspflicht ist ja bei Syndikaten die wesentlichste. Allein nach § 275 BGB kommt es nicht darauf an, ob eine Leistung wesentlich oder unwesentlich ist, sondern nur darauf, ob teilweise oder vollständige Unmöglichkeit vorliegt, in

diesem Fall wird der Schuldner gänzlich frei, in jenem nicht. Ob eine Leistung noch teilweise möglich ist, richtet sich nach dem oben Gesagten nach der von den Parteien dieser Leistung gegebenen Zweckbestimmung.

Unmittelbarer Zweck aller Leistungen aus dem Kartellvertrage ist die Förderung der wirtschaftlichen Interessen aller Mitglieder. Der Erreichung dieses Zwecks dient ein ganzer Komplex von Leistungen: Handlungen und Unterlassungen der verschiedensten Art. Fällt nun bei einem Mitglied infolge Betriebsstillegung ein Teil davon (z. B. die Erfüllung der Lieferungspflicht) aus, dann bleibt nach dem Zweck der Leistungen in ihrer Gesamtheit der Rest noch immer erfüllbar und das Syndikat hat an seiner Erfüllung durchaus ein Interesse. Bei Syndikatsmitgliedern tritt also eine Befreiung nur hinsichtlich der Lieferungspflicht ein; alle übrigen Pflichten müssen auch bei völliger Stillegung des Betriebes erfüllt werden.

Aufrecht erhalten bleibt in allen Fällen die Treupflicht gegenüber dem Kartell. Sie ergibt sich aus dem eigenartigen, auf besonderem Vertrauen beruhendem Verhältnis der Mitglieder untereinander. Sie gebietet jedem Mitglied, alles zu unterlassen, was dem Einzelnen oder dem Kartell abträglich sein könnte. Demgemäß sind die Liquidatoren bei der Veräußerung der Betriebsmittel verpflichtet, sie zunächst den übrigen Mitgliedern oder dem Kartell zum Kauf anzubieten. Die Veräußerung an einen Außenseiter muß stets ultima ratio bleiben. Wird gegen die Treupflicht schuldhaft verstoßen, dann bedeutet das eine nach §§ 242, 276 BGB zu Schadensersatz verpflichtende positive Vertragsverletzung.

c) Die Unmöglichkeit im Zeitpunkt der völligen Beseitigung (Unbrauchbarmachung) der Betriebsmittel.

Besteht keine Möglichkeit mehr, an der bisherigen Betriebsstätte kartellierte Waren herzustellen, weil die Betriebsmittel beseitigt oder unbrauchbar gemacht sind, dann könnte man meinen, nunmehr sei das Schuldverhältnis gegenüber dem Kartell derart ausgehöhlt, daß es als gegenstandslos angesehen werden und daher das Mitglied daraus entlassen werden kann. Allein bei der vorliegenden Untersuchung wurde davon ausgegangen, daß die Kartellverpflichtungen an das Unternehmen geknüpft sind. Der Fabrikationsbetrieb ist aber nur ein Teil des Unternehmens. Daneben bestehen noch eine Reihe immaterieller Werte, die in der Regel die größte Bedeutung haben: die Beziehungen zur Kundschaft (die bei den Mitgliedern niederer Kartelle besonders, bei Mitgliedern von Syndikaten von längerer Lebensdauer weniger

wertvoll sein werden), Absatzgelegenheit, Bezugsquellen u. ä. Erst wenn die wirtschaftlichen Grundlagen eines Unternehmens untergegangen sind, sein Aufbau nach innen und außen zerstört ist: wenn die dem Geschäftsbetrieb dienenden Vermögensstücke dieser Zweckbestimmung endgültig entzogen (unbrauchbar gemacht oder verkauft) sind, insbesondere die Beziehungen zur Kundschaft in nicht nur vorübergehender Weise abgebrochen worden sind, hört ein kaufmännisches Unternehmen zu bestehen auf [74]). Und erst dann wird die Erfüllung aller Verpflichtungen dauernd unmöglich und damit der Schuldner frei (§ 275 BGB). An dem im Abschnitt II b) dieses Paragraphen dargelegten Rechtsverhältnis des liquidierenden Mitgliedes zum Kartell ändert sich also auch dadurch nichts, daß die Betriebsmittel beseitigt oder unbrauchbar gemacht worden sind. Von einer völligen Befreiung auf Grund des § 275 BGB kann nicht die Rede sein.

Aber selbst dann, wenn alle Leistungen unmöglich geworden sind, ist das Schuldverhältnis nicht untergegangen, denn der Gesetzgeber bestimmt nur, daß der Schuldner frei wird, nicht aber, daß das Schuldverhältnis erlischt (§ 275 BGB) [75]). Und das mit gutem Grund; denn erstens wäre es nicht erklärlich, aus welchem Rechtsgrunde sich der Schadensersatzanspruch des Gläubigers nach § 280 und der Anspruch auf das stellvertretende commodum aus § 281 BGB herleitet, wenn das Schuldverhältnis infolge totaler Unmöglichkeit nichtig geworden ist und zweitens würden die dem Gläubiger gegebenen Real- und Personalsicherheiten (Pfänder, Bürgschaften) wegen ihrer akzessorischen Natur ohne Grund erlöschen. Ist also in unserem Fall vollständige Unmöglichkeit eingetreten, dann bleiben die dem Kartell gegebenen Sicherheiten bestehen und das Mitglied hat kein Rückforderungsrecht. Erst wenn mit der Löschung der Firma der letzte Rest des Unternehmens verschwunden ist, haben die Rechtsbeziehungen zwischen Kartell und Mitglied aufgehört zu existieren.

---

[74]) RGZ 110, 424.

[75]) So Titze S. 100ff; Otto Fischer S. 27ff; Staudinger II 1 Anm. I 4 zu § 323; RGRK Bem. 5 zu § 323 und das RG in ständiger Rechtsprechung, z. B. RGZ 54, 31; 88, 77; 140, 383; a. M. Oertmann Bem. 5 und Planck-Siber Bem. 7 zu § 323.

§ 5. Rechtsfolgen der Unmöglichkeit.

I. Pflicht zum Schadensersatz bei Verschulden.

Wie bisher festgestellt wurde, ist infolge der Liquidation der Fall einer Unmöglichkeit der Leistung hinsichtlich einzelner Vertragsverpflichtungen eingetreten. Es ist nicht zu verkennen, daß durch ein solches Ereignis unter Umständen schwere Erschütterungen innerhalb des Kartells ausgelöst werden können, ja, daß sogar dessen Weiterbestehen in Frage gestellt werden kann. Die Möglichkeit, daß den anderen Gesellschaftern dadurch Verluste entstehen, ist naheliegend. Es fragt sich daher: kann das liquidierende Mitglied dafür verantwortlich gemacht werden?

Die Beurteilung der Frage, ob eine Schadensersatzpflicht begründet ist, unterliegt allgemeinen Grundsätzen. Danach ist nur dann Ersatz zu leisten, wenn der Schuldner den die Unmöglichkeit begründenden Umstand zu vertreten hat (§ 280 BGB), d. h. wenn ihn ein Verschulden, also der Vorwurf des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit trifft (§ 276 BGB) und dieses Verschulden in adäquatem Kausalzusammenhang mit dem entstandenen Schaden steht. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist eine in jedem einzelnen Fall besonders zu prüfende Tatfrage. Verschuldet ist die Unmöglichkeit insbesondere dann, wenn die Liquidation leichtfertig oder nur zu dem Zweck herbeigeführt wurde, von der lästig empfundenen Kartellbindung loszukommen, um später als Außenseiter ein neues Unternehmen zu beginnen. Die Tatsache, daß ein Unternehmen bei sonst ordnungsmäßiger Geschäftsführung unrentabel geworden und daher zur Liquidation genötigt ist, dürfte im allgemeinen ein Verschulden nicht begründen.

II. Pflicht zur Mitteilung an den Gläubiger.

Die Möglichkeit, daß den Vertragsgegnern Schadensersatzansprüche entstehen, kann aber aus einem andern Grunde gegeben sein, nämlich dann, wenn das Mitglied es schuldhaft unterläßt, den übrigen Kartellmitgliedern bzw. wenn das Kartell eine juristische Person ist, diesem von der eingetretenen Veränderung unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 I BGB) Anzeige zu erstatten. Eine solche Anzeigepflicht wird in der Regel nicht besonders vereinbart sein. Sie besteht aber in jedem Falle gleichwohl. Ihre gesetzliche Grundlage ist das auf besonderem Vertrauen gegründete Gesellschaftsverhältnis und wiederum der § 242 BGB. Es entspricht nicht Treu und Glauben und der Verkehrssitte, wenn ein Kartellmitglied über ein so wichtiges Ereig-

nis, wie es die Liquidation ist, seinen an einem gemeinsamen Zweck mitwirkenden Genossen gegenüber schweigt und dadurch Unsicherheit und womöglich Schaden verursacht. Es besteht also in jedem Fall eine Pflicht zur Mitteilung und ihre Verletzung hat das Entstehen von Schadensersatzansprüchen zur Folge [76]).

§ 6. Besteht ein Recht zu fristloser Kündigung?

I. Der „wichtige Grund" nach § 8 KartVO.

Dauerschuldverhältnisse können vorzeitig aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Dieser Rechtsgrundsatz durchzieht das ganze Privatrecht. Er ist ausdrücklich ausgesprochen in den §§ 626 und 723 BGB, 133 HGB und im § 8 der KartVO, wird aber analog auf alle Schuldverhältnisse von längerer Dauer angewendet. Zunächst: welche von den hier in Betracht kommenden beiden Vorschriften muß herangezogen werden, die des § 723 BGB als lex specialis des bürgerlichen Gesellschaftsrechts oder die des § 8 KartVO als lex specialis des Kartellrechts? Praktisch zeigt sich dabei ein großer Unterschied: Wird aus § 723 BGB gekündigt, dann gehört ein etwaiger Streit vor die ordentlichen Gerichte und kann durch alle Instanzen durchgefochten werden; stützt sich die Kündigung aber auf § 8 KartVO, dann ist zur Entscheidung nach Absatz III dieses Paragraphen das Kartellgericht berufen, gegen dessen Erkenntnisse es keine Rechtsmittel gibt. Nach dem Zweck der Verordnung, für Kartelle eine Sondervorschrift zu schaffen, muß die Antwort dahin gehen, den § 8 KartVO als kartellrechtliche Sondervorschrift unter Ausschluß des allgemeinen Rechts anzuwenden [77]).

Voraussetzung für die Kündigung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein solcher ist immer die unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Kündigenden, § 8 II KartVO. Ob und wann er im Einzelfall gegeben ist, überläßt das Gesetz dem freien richterlichen Ermessen. Dabei kann im wesentlichen keine andere Beurteilung Platz greifen, als sie bereits nach früherem Recht auf Grund des § 723 BGB zulässig war [78]). Es sind stets die gesamten Umstände des Falles unter Berücksichtigung des Charakters der Vereinigung, ihrer besonderen Zwecke und der Art der den

---

[76]) Vgl. hierzu O. v. Alberti in ArchzivPraz 118, 141.
[77]) So auch Isay Anm. 3 b zu § 8.
[78]) RWGE 2, 209.

Mitgliedern auferlegten Pflichten billig abzuwägen; es ist festzustellen, ob es nach Treu und Glauben dem Gesellschafter zuzumuten ist, weiterhin dem Kartell anzugehören. Dabei ist zu beachten, daß unter Umständen durch die Zulassung der Kündigung das Kartell als volkswirtschaftlich wertvoller Organismus zerstört wird. Demzufolge muß dem Interesse des Kartells daran, Sicherheiten dagegen zu bekommen, daß das ausscheidende Mitglied nicht später als Außenseiter wieder tätig wird, Rechnung getragen werden. Denn trotz eingetretener Liquidation kann die Gesellschaft durch einfache einstimmige Beschlußfassung in gleicher oder anderer Rechtsform wieder aufleben und wiederum werbend tätig werden, ja sogar dann noch, wenn das vorhandene Vermögen bereits an die Gesellschafter verteilt ist, das Vermögen der Gesellschaft also nur noch aus Forderungen gegen die Gesellschafter besteht, sofern nur die Registereintragung noch aufrecht erhalten ist. War diese Rückverwandlung früher bei den juristischen Personen zweifelhaft und bestritten, so kann es heute bereits als herrschende Meinung angesehen werden, daß ein Wiederaufleben in allen Fällen möglich ist. Die Bedenken im Hinblick auf die Gläubigersicherung müssen mit Recht dem im Interesse der Volkswirtschaft und damit der Allgemeinheit liegenden Grundsatz von der möglichsten Erhaltung des Unternehmens weichen [79]).

II. Ist die Liquidation ein wichtiger Kündigungsgrund?

Die Antwort kann wiederum nicht allgemein gegeben werden. Zunächst soll geprüft werden, ob die Verhältnisse, wie sie an den oben erwähnten drei Zeitpunkten innerhalb der Liquidationsperiode gegeben sind, eine Kündigung aus § 8 KartVO rechtfertigen.

Das mit der KartVO den Kartellmitgliedern gewährte Kündigungsrecht bezweckt eine wirksame Abhilfe für den Fall, daß durch eine Veränderung der Verhältnisse *zum Schlechteren* die Einhaltung der Kartellverpflichtungen untragbar geworden ist. Es ist der konkrete Zustand des vorliegenden Falles zu vergleichen mit dem abstrakten Zustand, der bei normaler Entwicklung der Dinge erwartet werden konnte [80]). Wird mit dem Eintritt in die

[79]) Vgl. die früheren Entscheidungen des KG in KGJ 32, 155; 34, 166 und den erfreulichen Meinungsumschwung: KG in JW 1925, 640 mit der Anmerkung dazu von Hachenburg in JW 1925, 802, ferner RGZ 118, 339. Über diese ganze Frage eingehend: Lorenz, Rückverwandlung, Diss. Halle 1932 und Kaufmann, Rückgängigmachung, Berlin 1930.

[80]) So Isay Anm. 15 zu § 8 und das KartG in in ständiger Praxis.

Liquidation der Geschäftszweck geändert oder auf den Liquidationszweck reduziert, dann bedeutet das an sich noch keine Verschlechterung des Zustandes. Das beweist die Tatsache, daß auch rentable Unternehmen liquidiert werden. Ebensowenig ist die bei Syndikatsmitgliedern eingetretene teilweise Unmöglichkeit zur Erfüllung der Lieferungsverpflichtung geeignet, ein Recht zu vorzeitiger Lösung von der Vertragsbindung zu begründen, denn sie ist eine Folge der Liquidation, nicht ohne weiteres der Verschlechterung der Verhältnisse. Dasselbe gilt von den Verhältnissen an den anderen beiden Zeitpunkten der Liquidation. Sie alle sind noch kein Beweis dafür, daß ihrem Eintritt ein Tatbestand derartig schlechter Umstände zugrunde liegt, daß man es dem Mitglied nicht mehr zumuten kann, weiterhin gebunden zu bleiben. Selbst totale Unmöglichkeit der Erfüllung von Gesellschaftspflichten ist danach nicht schlechthin ein Kündigungsgrund. Die Liquidation an sich rechtfertigt also eine Klage aus § 8 nicht. Man muß vielmehr nach den Ursachen fragen, die zur Liquidation und — regelmäßig — infolgedessen zur Zerstörung des Unternehmens und damit Erfüllungsunmöglichkeit geführt haben. Sind sie in höherer Gewalt, z. B. behördlichen Eingriffen oder Naturkatastrophen begründet, dann wird, sofern eine Wiederaufnahme der Produktion nicht in Frage kommt, die fristlose Kündigung regelmäßig berechtigt sein [81]). Wird aber das Unternehmen ohne äußeren Zwang, etwa nur aus persönlichen Gründen des Unternehmers liquidiert, dann kann im allgemeinen ein Kündigungsrecht nicht zugesprochen werden [82]).

III. Die einschlägige Rechtsprechung des KartG.

Interessant sind in diesem Zusammenhang einige Entscheidungen des KartG. Allgemein gilt der Grundsatz, daß die fristlose Kündigung die ultima ratio sein muß. Es muß im Streitfalle nachgewiesen werden, daß von den satzungsmäßig zugelassenen Möglichkeiten, eine Abhilfe zu schaffen, hinreichend Gebrauch gemacht wurde [83]), insbesondere, daß das vertraglich eingeräumte Kündigungsrecht nicht zum Ziele geführt hat [84]). Eine satzungsmäßige Kündigungsfrist von einem Jahr ist vom KartG [85]) nicht als unbillige Bindung angesehen worden. Auf einen Grund, den der Kündigende

[81]) So auch Isay Anm. 53 zu § 8 S. 254.
[82]) Vgl. Guder S. 93f; Blum S. 87f.
[83]) KartG vom 15. 3. 1932 in DJZ 1932, 871f und vom 16. 1. 1921 Nr. 109 der Sammlg.
[84]) RWG vom 19. 9. 1924 in DJZ 1925, 261.
[85]) KartG vom 10. 4. 1924 in DWirtschZ 24, 310.

selbst geschaffen hat, kann die Kündigung nicht gestützt werden. Davon gibt es nur eine Ausnahme, nämlich dann, wenn dargetan wird, daß die Kündigung der einzige Weg war, auf dem der Kündigende bei sorgfältiger Prüfung hoffen konnte, seine wirtschaftliche Existenz zu retten [86]). Die bloße Aufgabe des Geschäfts ist noch kein Kündigungsgrund [87]), ebenso nicht eine allgemeine Verschlechterung der Konjunktur [88]), selbst wenn sie zur Stillegung sämtlicher Werke geführt hat [89]). Auch die Tatsache, daß der Fortbestand der Mitgliedschaft keine besonderen Vorteile mehr verspricht, ist unerheblich [90]). In allen Fällen ist Voraussetzung des Kündigungsrechts, daß eine ernstliche Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz des Kündigenden vorliegt [91]). Die Tendenz der Rechtsprechung des KartG geht also dahin, daß Kartellverträge gehalten werden müssen; Ausnahmen können nur in besonders kraß liegenden Fällen zugelassen werden [92]).

§ 7. Rechtsfolgen der Kündigung.

I. Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Die wirksam erfolgte Kündigung vernichtet nur mit Wirkung ex nunc die kartellmäßige Bindung, nicht auch die gesellschaftsmäßigen, vermögensrechtlichen Beziehungen, denn die KartVO ist nach ihrem § 1 nur für „Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen" bestimmt [93]). Ist das Kartell nichts als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, dann tritt mit der Kündigung Auflösung ein. Das folgt aus der Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrages. Es findet dann eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt (§ 730 BGB). Es kann aber auch im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, daß in solchen Fällen die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§ 736 BGB). Dann wächst der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen den

[86]) KartG in KartRdsch 1926 S. 337 und bei Hempfing S. 80.
[87]) KartG vom 16. 3. 1925 Nr. 49 der Sammlg.; vgl. auch Entsch. vom 6. 12. 1928 Nr. 107 der Sammlg. und bei Hempfing S. 81.
[88]) KartG vom 16. 1., 30. 1., 13. 2. und 13. 12. 1924, sämtlich bei Klinger S. 24f.
[89]) Entsch. vom 25. 2. 1924 bei Klinger S. 25.
[90]) KartG vom 4. 6. 1924 in KartRdsch 1924 S. 256 und bei Hempfing S. 278.
[91]) RWGE 2, 180.
[92]) Vgl. Guder S. 97ff.
[93]) So auch das KartG vom 12. 3. 1924 in KartRdsch 1924, 156.

übrigen Gesellschaftern zu. Diese müssen ihm aber das zahlen, „was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre". (§ 738 BGB).

II. Bei der GmbH innerhalb der Doppelgesellschaft.

Bei der Doppelgesellschaft verliert durch die Kündigung das Gesellschaftsverhältnis des Mitgliedes seine innere Berechtigung. Es kann, da das Gesetz eine Kündigung nicht kennt, bei Gesellschaften m.b.H. nur gelöst werden durch Verkauf des Geschäftsanteils (§ 15 GmbHG). Als Käufer kommen aber nur die übrigen Gesellschafter, nicht Außenstehende oder gar Außenseiter in Betracht. Das resultiert aus der Eigenart der Kartell-GmbH, denn es kann nicht gestattet werden, daß der Gesellschafter dem Kartell durch den Verkauf einen fremden Gesellschafter aufdrängt. Die Veräußerung ist deshalb in jedem Fall an die Genehmigung der Gesellschaft gebunden und dies muß nach dem Zweck des ganzen Rechtsverhältnisses als stillschweigender Wille der Gesellschafter angesehen werden, wenn es im Gesellschaftsvertrage nicht besonders zum Ausdruck gekommen sein sollte.

III. Bei der Einheits-GmbH.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Einheits-GmbH, bei der, wie bereits erwähnt wurde, die Kartellpflichten Nebenleistungspflichten gemäß § 3 II GmbHG, also in den Gesellschaftsvertrag verwoben sind. Hier hat, wie es scheint, der Gesetzgeber mit der KartVO, die ja nur für die kartellmäßige Bindung gilt, ein einheitliches Rechtsverhältnis zur Spaltung gebracht: werden die kartellmäßigen Nebenleistungspflichten gekündigt, dann bleibt eine „rein kapitalistische Rumpfbeteiligung" zurück[94]). Breslauer und Tschierschky[95]) sowie Lucas[96]) haben, nachdem bereits Kaufmann[97]) vor Erlaß der KartVO das Sonderleistungsverhältnis als ein selbständig kündbares angesehen hatte, daraus die Konsequenz gezogen und verlangen die Anerkennung jeder kartellmäßigen Vereinbarung als eines selbständigen contractus sui

---

[94]) Vgl. Lehnich-Fischer S. 219.
[95]) System und Entwicklung des Kartellrechts, Beilage zur KartRdsch 1924, 15/16.
[96]) DJZ 1924, 425; 1925, 43.
[97]) SächsArch 1912, 416ff.

generis. Auch vom KartG wird der Kartellvertrag als eine „selbständige Vertragskategorie" behandelt [98]).

Allein diese Schlußfolgerung geht fehl. Sie entbehrt der gesetzlichen Grundlage und führt zu unhaltbaren Ergebnissen. Die Nebenleistungspflichten sind den Gesellschaftern nicht kraft Vertrages, sondern kraft Körperschaftsrechtes auferlegt. Man kann sie deshalb nicht vom Gesellschaftsvertrag loslösen und zum Vertrag machen; das widerspricht unmittelbar dem Gesetz; die KartVO nötigt zu einer solchen Konstruktion nicht. Ferner bleibt völlig unklar, welche der mannigfaltigen Nebenleistungspflichten „losgelöst und zu einem rechtlich selbständigen .... Kartellvertrag zusammengefaßt und umgestaltet" [99]) sind. Gehören beispielsweise die auch für die Errechnung der Mitgliedsbeiträge wichtige Auskunftspflicht und die Bestimmung über die Schiedsgerichtsbarkeit zum Gesellschaftsverhältnis oder zum Kartellvertrag? Wäre die Trennung richtig, dann müßte die Mitgliederversammlung der GmbH darüber beschließen, wie der „Kartellvertrag" inhaltlich näher bestimmt oder verändert werden soll [100]). Bedenkt man weiterhin, daß das ausgeschiedene Mitglied möglicherweise als Außenseiter weiter tätig werden kann, dann wäre damit die ganz unhaltbare Situation geschaffen, daß ein Außenseiter nicht nur Informationen über die Kartellpolitik erhält, sondern auch an deren Gestaltung durch Ausübung seines Stimmrechts teilnimmt. „Der Zustand, daß eine Firma gleichsam mit dem einen Fuß im Kartell, mit dem andern draußen steht, ist völlig unhaltbar" [101]).

Richtig ist die von Isay [102]) und dem Reichsgericht [103]) gegebene Lösung. Danach wird die Mitgliedschaft zur GmbH durch die Kündigung nicht unmittelbar vernichtet. Wohl aber tritt ein Ruhen der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten ein [104]) [105]). Das Kartell hat das Recht der Einziehung des Gesellschaftsanteils nach § 34 GmbHG. An die Vorschrift des Absatzes II dieses Paragraphen, der das Einziehungsrecht abhängig macht entweder von

---

[98]) Vgl. Entsch. vom 3. 3. 1924 Nr. 9 und vom 12. 3. 1924 Nr. 13 der Sammlg.

[99]) So Lucas a. a. O.

[100]) So Isay Anm. 29 der Einleitung.

[101]) Vgl. Isay Anm. 61 zu § 8.

[102]) Anm. 60 zu § 8.

[103]) RGZ 114, 212; 125, 114; vgl. auch 128, 15.

[104]) J. v. Gierke S. 477: Das Mitgliedschaftsverhältnis wird durch die Kündigung „brüchig".

[105]) Vgl. auch § 25 des Syndikatsvertrages des Vereins deutscher Emaillierwerke bei Waldeck S. 314f.

der Zustimmung des Gesellschafters oder aber von einer entsprechenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrage ist die Gesellschaft dabei nicht gebunden, denn § 8 KartVO, der ein Ausscheiden des kündigenden Mitglieds fordert, ersetzt die Vorschrift der Satzung. Die Einziehung hat gegen Entgelt zu erfolgen. Eine gegenteilige Annahme würde dem Geiste des § 9 VII KartVO widersprechen. Weigert sich die Gesellschaft, den Anteil zu amortisieren, dann hat das Mitglied aus einem in den Verhältnissen der Gesellschaft liegenden wichtigen Grunde nach § 61 GmbHG das Recht, auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen und zwar auch dann, wenn dem Erfordernis des Absatzes II daselbst, daß der Geschäftsanteil des Klägers mindestens $^1/_{10}$ des Stammkapitals ausmachen muß, nicht genügt ist. Man ist zu einer solchen erweiternden Auslegung genötigt, weil es sonst keine Möglichkeit gibt, von der zwecklos gewordenen gesellschaftlichen Bindung loszukommen.

IV. Beim eingetragenen Verein.

Auch beim eingetragenen Verein gibt es keinen fristlosen Austritt aus wichtigem Grunde[106]). Ist in der Satzung bestimmt, daß der Austritt erst mit dem Ablaufe von zwei Jahren stattfindet, § 39 II BGB, dann kann diese Bestimmung nur in dem Fall des Vorliegens eines derart wichtigen Grundes durchbrochen werden, daß es dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, der Verein also mit dem ihm gesetzlich eingeräumten Recht der Hinausschiebung des Austritts Mißbrauch treiben würde, wenn er auf Einhaltung jener Bestimmung bestehen wollte. Es sind also dieselben Erwägungen anzustellen, die bereits oben bei der Behandlung des Kündigungsrechts aus § 8 KartVO aufgezeigt wurden. Es wird aber hier im Einzelfall die Einhaltung der ordnungsmäßigen, auf längstens zwei Jahre ausgedehnten Kündigungsfrist eher zumutbar sein, als das Gebundenbleiben an einen vielleicht noch zehn Jahre laufenden Gesellschaftsvertrag.

Aus der Rechtsnatur der juristischen Person als einer realen Verbandspersönlichkeit folgt, daß das ausscheidende Mitglied keinen Anspruch gegen den Verein auf Auszahlung eines Anteils am Vereinsvermögen hat. Im Gesetz kommt das dadurch zum Ausdruck, daß eine entsprechende Vorschrift fehlt.

---

[106]) Vgl. OLG Hamburg in Höchstrichterlicher Rechtsprechung 1929 Nr. 1423; Jacobi in ZBH 1931, 89ff und RGZ 130, 378.

§ 8. Besteht ein Rücktrittsrecht?

Wie schon oben im § 4 II a) erwähnt wurde, schließt der § 723 BGB bei bereits zur Ausführung gelangten Gesellschaften die §§ 323 ff BGB und damit auch den ein Rücktrittsrecht gewährenden § 325 BGB aus.

Kann aus dem Wortlaut des Gesetzes ein Rücktrittsrecht nicht zugestanden werden, dann fragt es sich, ob es vielleicht aus dem Geiste des Gesetzes oder aus einem anerkannten Gewohnheitsrecht heraus gerechtfertigt ist. Von den Theorien, die sich in dieser Richtung gebildet haben, kommen hier nur zwei in Betracht: die der clausula rebus sic stantibus und die Lehre von der Geschäftsgrundlage.

Die durch den Krieg veränderten Verhältnisse und auch die Inflation haben in Deutschland den Gedanken einer allgemeinen clausula rebus sic stantibus vorübergehend zur Geltung gebracht. Im BGB ist diese Klausel nur in den §§ 321 und 610, nicht aber als allgemeiner Grundsatz zum Ausdruck gekommen. Außergewöhnliche Zeiten erheischen ein Ausnahmerecht und daher hatte die vorübergehende Verallgemeinerung ihre innere Berechtigung. Sind aber wieder normale Verhältnisse eingetreten, dann müssen die engeren Bestimmungen allein Geltung haben. Das ist auch allgemein anerkannt. Es kann nur noch zweifelhaft sein, ob nicht die Zeit der allgemeinen Wirtschaftskrise auch eine solche Ausnahmezeit darstellt. Die Frage ist zu verneinen. Den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen ist durch die von der Reichsregierung erlassenen Notverordnungen Rechnung getragen. Darüber hinaus besteht kein Bedürfnis und auch keine Möglichkeit zur Wiedereinführung der genannten Klausel [107]).

In innerem Zusammenhang mit der Klauselehre steht die von Oertmann begründete Lehre von der Geschäftsgrundlage. Oertmann versteht unter Geschäftsgrundlage „die beim Geschäftsschluß zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sinn oder Eintritt gewisser Umstände, auf deren (objektiv festgestellter) Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut“ [108]). Aber diese Lehre Oertmanns geht zu weit und läßt sich aus dem BGB nicht mehr rechtfertigen, würde auch den allgemeinen Grundsatz des BGB „pacta

---

[107]) Vgl. RArbG in JW 1933, 1276.
[108]) Geschäftsgrundlage S. 37.

sunt servanda!" stark erschüttern. Es kann ihr daher nicht beigetreten werden[109]).

Das Ergebnis ist also: Ein Rücktrittsrecht wird infolge der Liquidation nicht begründet.

§ 9. Besonderheiten bei der Gesellschaftsliquidation.

Wird nur die Gesellschaft liquidiert, das Unternehmen also nicht aufgelöst, sondern an einen Rechtsnachfolger veräußert, dann ist, wie oben S. 5 ausgeführt wurde, der Veräußerer in jedem Fall verpflichtet, den Übergang des Unternehmens von der Bedingung abhängig zu machen, daß der Erwerber in alle Rechte und Pflichten aus dem Kartellvertrage eintritt. Von einer Unmöglichkeit zur Leistung kann hier natürlich nicht gesprochen werden. Im übrigen ist folgendes zu beachten.

Führt der Erwerber die Firma fort, dann gilt § 25 HGB: Mit dem Erwerb des Handelsgeschäfts sind kraft Gesetzes die Verpflichtungen aus dem Kartellvertrage auf den Erwerber übergegangen. Der Veräußerer wird aber nicht frei, sondern haftet dem Kartell daneben als Gesamtschuldner für ordnungsmäßige Vertragserfüllung[110]). Für das Gesamtschuldverhältnis gelten die §§ 422—425 BGB. Erst nach Ablauf von 5 Jahren erwächst dem bisherigen Inhaber eine Einrede der Verjährung: § 26 HGB. Diese gesetzliche Regelung dürfte aber den besonderen Kartellverhältnissen nur in dem ganz seltenen Fall entsprechen, daß erhebliche Zweifel darüber bestehen, ob der Übernehmer seinen Verpflichtungen ebenso nachkommen wird wie der Veräußerer. Üblich ist in allen anderen Fällen eine Schuldübernahme nach § 414 BGB, die nach § 25 II HGB auch gesetzlich zugelassen ist. Hier tritt der Erwerber an die Stelle des bisherigen Schuldners, der vollständig frei wird. Zur Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts ist die Genehmigung des Kartells erforderlich, § 415 BGB. Wird sie ohne triftigen Grund verweigert, dann kann auf Grund des Kartellvertrages auf ihre Erteilung geklagt werden; mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Erklärung als abgegeben, § 894 ZPO.

Wird die Firma nicht fortgeführt, dann kann ein Wechsel in der Person

---

[109]) So auch die meisten; vgl. Staudinger II 1 S. 53 und Reichel, Vertragsrücktritt S. 16.

[110]) So Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 20 und die herrschende Meinung sowie RGZ 135, 107; a. M. Staub Anm. 9 zu § 25, der von kumulativer Haftungsübernahme spricht.

des Verpflichteten nur auf dem Wege der soeben erörterten Schuldübernahme stattfinden.

Die Mitgliedschaft bei der HmbH wird durch den Verkauf des Geschäftsanteils gemäß § 15 GmbHG, wozu stets die Genehmigung des Kartells eingeholt werden muß, übertragen.

Eine Übertragung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten beim eingetragenen Verein ist wegen der persönlichen Natur der Vereinsmitgliedschaft in der Regel nicht möglich: § 38 BGB. Diese Vorschrift ist aber dispositiv: § 40 BGB. Es kann also mit dem Verein vereinbart oder generell durch die Satzung bestimmt werden, daß der Erwerber des Unternehmens der in Liquidation gegangenen Gesellschaft in die Rechte und Pflichten des gleichzeitig ausscheidenden Mitglieds eintritt.

Der Übergang des Unternehmens auf einen Rechtsnachfolger gestaltet sich im übrigen wie folgt. Das Unternehmen ist keine Rechts-, sondern eine tatsächliche, wirtschaftliche Einheit. Das schließt nicht aus, daß es Gegenstand obligatorischer Rechtsgeschäfte sein kann: der Verkauf eines Unternehmens als Ganzes ist rechtlich möglich. Nicht möglich ist dagegen ein einheitliches dingliches Rechtsgeschäft, eine Übergabe uno actu. Es hat hier gemäß dem Spezialitätsprinzip des BGB die Übergabe jeder einzelnen Sache, bei Grundstücken Auflassung und Eintragung im Grundbuch stattzufinden. Das gilt für körperliche Gegenstände. Forderungen werden durch formlosen Vertrag übertragen, § 398 BGB. Wie aber verhält es sich mit den immateriellen Werten, die gerade bei einem Handelsgeschäft in der Regel die größte Bedeutung haben, wie die Kundschaft, Absatzgelegenheit, Bezugsquellen usw.? Hier tritt die Übertragung dadurch in Erscheinung, daß der Veräußerer noch eine Zeit lang zur Einführung des Übernehmers im Betriebe tätig bleibt, daß er eine Liste der Kunden überreicht und der Kundschaft den Inhaberwechsel mitteilt, oder daß er wenigstens den Übernehmer in den Betrieb einweist und sich jeder dem Unternehmen Abbruch tuenden Unternehmertätigkeit enthält [111]).

Hat der Veräußerer dem Erwerber mit Genehmigung des Kartells die von ihm übernommenen Kartellbindungen auferlegt, dann scheidet er ipso jure aus dem Kartell aus. Hat er sein Werk aber veräußert, ohne dies zu tun, dann wird er nicht frei und hat auch kein Recht zur fristlosen Kündigung aus § 8 KartVO [112]).

---

[111]) Vgl. Ruth in ArchzivPrax 129, 108.

[112]) KartG vom 13. 6. 1928 in KartRdsch 1928, 454 und bei Hempfing S. 84.

Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse.

Nach einer kurzen Darstellung des Wesens und der Rechtsform der Kartelle im § 1 wurde im § 2 das Unternehmen als Träger der kartellmäßigen Bindung erkannt.

Die Liquidation ist ein in ihren Grundzügen bei allen Gesellschaftsformen einheitliches Rechtsinstitut. Man muß aber zwischen der Liquidaton der Gesellschaft und der des Unternehmens unterscheiden. Im weiteren Sinne kann man auch beim Einzelkaufmann von einer Liquidation reden. Die Rechtsverhältnisse Dritter werden durch die Liquidation grundsätzlich nicht berührt.

Nach einem Überblick über die rechtliche Bedeutung der Unmöglichkeit der Leistung im allgemeinen und im Gesellschaftsrecht im besonderen konnte festgestellt werden, daß bei der Unternehmensliquidation im Zeitpunkt ihres Eintritts für das betreffende Mitglied, wenn es einem niederen Kartell angehört, gar keine, wenn es einem Syndikat angehört, eine teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten ist. Allgemein liegt eine vorübergehende Unmöglichkeit zur Einhaltung der Kartellvorschriften im Hinblick auf normalerweise nicht absetzbare Restlagerbestände vor. Auch die völlige Stillegung und selbst die völlige Beseitigung oder Unbrauchbarmachung der Betriebsmittel bringt keine vollkommene Befreiung des Mitglieds von den Kartellpflichten gemäß § 275 BGB; denn eine teilweise Erfüllung bleibt möglich. Erst mit dem Verschwinden des letzten Restes des Unternehmens ist die Erbringung der Leistungen aus dem Kartellvertrage völlig unmöglich und der Schuldner dementsprechend frei geworden. Die Kartellbindung ist aber nicht erloschen: die gegebenen Sicherheiten bleiben bestehen.

Die Rechtsordnung knüpft an den Fall der nachträglichen Unmöglichkeit als Rechtsfolge die Pflicht zum Ersatz des Schadens, der einem Dritten durch die Leistungsunmöglichkeit entstanden ist, aber nur, wenn sie schuldhaft herbeigeführt wurde. Ferner ist dem Schuldner eine Anzeigepflicht auferlegt gegenüber den anderen Mitgliedern bezw. wenn das Kartell eine juristische Person ist, diesem gegenüber.

Die Frage, ob ein Recht zu fristloser Kündigung begründet ist, kann nicht allgemein beantwortet werden. Die Liquidation schlechthin, auch im Hinblick auf die damit verbundene Teilunmöglichkeit, ist kein Kündigungsgrund. Es kommt auf die Ursachen, die zur Liquidation geführt haben, an. Nur in sel-

tenen Fällen kann das Kündigungsrecht zugestanden werden. Im allgemeinen ist im Hinblick auf die durch die Kündigung entstehenden Folgen und mit Rücksicht auf die Interessen des Kartells einerseits und des Staates an der Erhaltung volkswirtschaftlich wertvoller Organismen andererseits das Recht zu fristloser Lossagung vom Vertrage zu versagen.

Im § 7 wurden die eigenartigen Verhältnisse behandelt, die sich daraus ergaben, daß die Kündigung nur die kartellmäßigen, nicht auch die gesellschaftsmäßigen Bindungen löst. Die Streitfrage, ob bei der Einheits-GmbH die Nebenleistungen als selbständiger Kartellvertrag anzusehen sind, wurde verneint. Die Kündigung bewirkt hier ein Ruhen der Gesellschaftsrechte und -pflichten und gibt dem Kartell das Recht, den Geschäftsanteil gegen Entgelt einzuziehen. Weigert es sich, dies zu tun, dann kann das Mitglied auf Auflösung der Gesellschaft klagen.

Für ein Rücktrittsrecht ist nach den ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften kein Raum. Aber auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen besteht es nicht.

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

A. Erläuterungswerke.

Baumbach, Adolf, Handelsgesetzbuch. Berlin 1932.

— Das gesamte Wettbewerbsrecht. 2. Aufl. Berlin 1931.

Becher, Carl, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 2. Aufl. München 1932.

Brodmann, Erich, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 2. Aufl. Berlin 1932.

Callmann, Der unlautere Wettbewerb. 2. Aufl. 1932.

Goldschmit, Friedrich, Handkommentar zum HGB. München 1929.

Hachenburg, Max, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5. Aufl. Bd. 1 Berlin 1926, Bd. 2 Berlin 1927.

Haußmann-Hollaender, Die Kartellverordnung. München 1925.

Hempfing, Werner, Die Kartellverordnung. Berlin 1930.

Isay, Hermann und Rudolf, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten. Bd. II Mannheim 1920.

Isay-Tschierschky, Kartellverordnung. Mannheim 1925.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1902.

Lehnich-Fischer, Das Deutsche Kartellgesetz. Berlin 1924.

Loening-Basch-Straßmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1931.

Neukamp-Becker, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschr. Haftung. 5./7. Aufl. Berlin 1922.

Oertmann, Paul, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 5. Aufl. Berlin 1929.

Planck-Siber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 4. Aufl. Berlin 1913, Bd. 2 4. Aufl. Berlin 1928, Bd. 3 5. Aufl. Berlin 1933.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Aufl. Berlin 1929. (RGRK) *)

Reimer, Eduard, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Berlin 1933.

Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1910.

Scholz, Franz, Kommentar zum GmbH-Gesetz. Köln 1928.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. Berlin 1932/33.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. München 1929.

Warneyer-Koppe, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschr. Haftung. 2. Aufl. Berlin 1929.

B. Lehr- und Handbücher.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7./8. Aufl. Jena 1924.

Crome, Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen 1902.

Dernburg, Heinrich, Das Bürgerliche Recht. 3. Aufl. Halle 1905.

Endemann, F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5 Bände. 23./27. Aufl. Marburg 1928/1932.

Feine, Hans-Erich, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In Ehrenbergs Handbuch Bd. III 3. Abt. Leipzig 1929.

von Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 4. Aufl. Berlin 1933.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895.

Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. 7 Bände.

Kohler, Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Krückmann, Paul, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. Berlin 1929.

Lehmann-Hoeniger, Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Aufl. Berlin 1921.

Schollmeyer, Friedrich, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

von Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. In Bindings Handbuch Bd. 10, 1 I Leipzig 1910.

Wieland, Karl, Handelsrecht. In Bindings Handbuch. München 1931.

C. Einzelschriften.

Blum, Arno, Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts. Heft 4 von Isays Abhandlungen. Mannheim 1925.

Daniels, Heinz, Firmenveräußerung und Unternehmensrecht. Heft 3 von Hoenigers Abhandlungen. Mannheim 1929.

Eger, Otto, Das Recht der deutschen Kartelle. Berlin 1932.

Fischer, Otto, Die Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. Bd. 23 von Fischers Abhandlungen. München 1912.

Flechtheim, J., Die rechtliche Organisation der Kartelle. 2. Aufl. Mannheim 1923.

Francken, Oskar, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwicklung. Stuttgart 1890.

Friedländer, Heinrich, Konzernrecht. Mannheim 1927.

Geiler, Karl, Gesellschaftliche Organisationsformen des neuen Wirtschaftsrechts. 2. Aufl. Mannheim 1922.

Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Goldbaum, Wenzel, Kartellrecht und Kartellgericht. Berlin o. J.

Guder, Hellmuth, Das Problem der fristlosen Kündigung von Kartellen. Diss. Tübingen 1932.

Hamburger, Georg, Das Recht aus der Haftung und die Unmöglichkeit der Leistung. Berlin 1915.

Hamburger, Max, Treu und Glauben im Verkehr. Mannheim 1930.

Hartmann, Gustav, Die Obligation. Erlangen 1875.

Haußmann, Fritz, Das Recht der Unternehmenszusammenfassung. 2. Teil. München 1932.

Hedemann, Justus Wilhelm, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. Jena 1929.

Herle-Metzner, Neue Beiträge zum Kartellproblem. Berlin 1929.

Isay, Rudolf, Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht. Heft 1 von Isays Abhandlungen. Mannheim 1922.

Kaufmann, Paul, Die Rückgängigmachung der Auflösung bei Handelsgesellschaften und Genossenschaften. Heft 15 von Nußbaums Abhandlungen. Berlin 1930.

Kisch, Wilhelm, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung nach dem BGB. Bd. 7, Heft 2 von Fischers Abhandlungen. Jena 1900.

Klein, Peter, Anzeigepflicht im Schuldrecht. Berlin 1908.

Kleineidam, Feodor, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. Jena 1900.

Klinger, Hans, Die Rechtsprechung des Kartellgerichts. Berlin o. J.

Knoke, Paul, Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. Bd. 7 Heft 3 von Fischers Abhandlungen. Jena 1901.

Kolb, Heinrich, Die Liquidation bei der OHG. Diss. Würzburg 1925. (Maschinenschrift).

Krause, Gerhard, Die Kartellkündigung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Kartellgerichts. Mannheim 1931.

Lastig, Gustav, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften. In der Festgabe für Dernburg. Halle 1900.

Lehmann, Heinrich, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. Bd. 15 Heft 1 von Fischers Abhandlungen. München 1906.

Leist, Alexander, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit. Jena 1899.

Liefmann, Robert, Kartelle, Konzerne und Trusts. 7. Aufl. Stuttgart 1927.

Lorenz, Heinz, Die Rückverwandlung der aufgelösten AG und GmbH in werbende Gesellschaften. Diss. Halle 1932.

Oertmann, Paul, Die Geschäftsgrundlage. Erlangen 1921.

Oppikofer, Hans, Das Unternehmensrecht. Tübingen 1927.

Pesch, Karl, Der Austritt aus der Kartell-GmbH. Diss. Köln 1933.

Reichel, Hans, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände. Berlin 1933.

Riesenfeld, Stefan-Albrecht, Das Problem des gemischten Rechtsverhältnisses im Körperschaftsrecht. Heft 19 von Nußbaums Abhandlungen. Berlin 1932.

Rumpf, Max, Kartellrecht. Berlin 1933.

Saenger, August, Die stille Gesellschaft. Mannheim 1924.

Schröter, Kurt, Der Rücktritt vom Kartell. Diss. München 1927.

Siquet, Eduard, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Straßburg 1896.

Spiero, Edgar, Das Recht der Syndikate unter besonderer Berücksichtigung des Quotenhandels. Berlin 1924.

Staub, Hermann, Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904.

Titze, Heinrich, Die Unmöglichkeit der Leistung. Leipzig 1900.

Tschierschky, Kartellorganisation. Berlin 1928.

Waldeck, Hugo, Deutsches und internationales Kartellrecht. Berlin 1922.

Wimpfheimer, Heinrich, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation. München 1908.

Wolff, Martin, Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts. In der Festgabe für Otto von Gierke. 1910.

D. Zeitschriftenaufsätze.

von Alberti, O., Die Mitteilungspflicht über Unvermögen oder Unmöglichkeit und ihre Verletzung. ArchzivPrax 118, 141ff.

Ehrenberg, Victor, Über das Wesen der Firma. In ZHR 28, 25ff.

Flechtheim, Kündigung eines Kartells in Form der Nebenleistungs-GmbH KartRdsch 1927, 57ff.

Geiler, Karl, Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht. GruchB 68, 593ff.

Giehler, Rechtsfolgen des Konkurses eines Syndikats- oder Kartell-Mitgliedes. KartRdsch 1931, 625ff.

Herzberg, Arno, Der Konkurs eines Syndikatsmitgliedes. KartRdsch 1932, 664ff.

Herzog, B., Der wichtige Grund für die Kündigung von Nebenleistungspflichten. KartRdsch 1931, 1ff.

Isay, Rudolf, Zur Systematik des Kartellrechts. GruchB 68, 10ff.

Jacobi, Hans, Kann ein Mitglied eines eV aus wichtigem Grunde fristlos aus dem Verein austreten? In ZBH 1931, 89f.

Kisselstein, Erich, Die Kündigung der Kartell-GmbH nach § 8 KartVO. KartRdsch 1928, 274ff.

Locher, Eugen, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck. ArchzivPrax 121, 1ff.

Loewenberg, Hermann, Kartellorganisation und Kartellkündigung. In ZHR 89, 296ff.

Lucas, Kartellvertrag und Kartellorganisation. KartRdsch 1927, 4ff.

Reimer, Eduard, Konkurs eines Mitgliedes des Einheits-GmbH-Kartells. KartRdsch 1931, 425.

Ruth, Rudolf, Rezension von Oppikofers „Das Unternehmensrecht". In ArchzivPrax 129, 108.

Tschierschky, S., Die Bedeutung des Konkurses für das Kartellwesen. Zeitschr. „Konkurs und Treuhandwesen" 1927, 145f.

E. Entscheidungssammlungen. *)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RGZ)

Entscheidungen des Reichswirtschaftsgerichts. (RWGE)

Höchstrichterliche Rechtsprechung.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (KGJ)

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. (OLGR)

Sammlung von Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts. Herausgegeben von der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie. (Sammlg)

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte. (SeuffA)

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. (WarnRspr)

F. Zeitschriften. *)

Archiv für die zivilistische Praxis. (ArchzivPrax)

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. (GruchB)

Das Recht. Herausgegeben von Sörgel. („Recht")

Deutsche Juristen-Zeitung. (DJZ)

Deutsche Wirtschafts-Zeitung. (DWirtschZ)

Hanseatische Rechtszeitschrift. (HansRZ)

Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. (HoldhMSch)

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. (IherJ)

Juristische Wochenschrift. (JW)

Kartell-Rundschau. (KartRdsch)

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. (LZ)

Sächsisches Archiv für Rechtspflege. Herausgegeben von Degen. (SächsArch)

Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht. (ZHR)

Zeitschrift für das Notariat in Rheinpreußen. (RheinZ)

Zentralblatt für Handelsrecht. (ZBH)

*) Die Angabe in Klammern bedeutet die im Text gebrauchte Abkürzung.

Sonstige Abkürzungen.

AG	=	Aktiengesellschaft
ADHGB	=	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	=	Gesetz betreffend die GmbH
GenG	=	Genossenschaftsgesetz
HGB	=	Handelsgesetzbuch
KartG	=	Kartellgericht
KartVO	=	Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen v. 2. 11. 1923
KG	=	Kammergericht
KommG	=	Kommanditgesellschaft
KommGaA	=	Kommanditgesellschaft auf Aktien
oHG	=	offene Handelsgesellschaft
OLG	=	Oberlandesgericht
RArbG	=	Reichsarbeitsgericht
RG	=	Reichsgericht
RWG	=	Reichswirtschaftsgericht
UWG	=	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Lebenslauf.

Ich, Hans Fritz Alfred Wieder, wurde am 23. Juli 1899 zu Posen geboren und bin evangelischer Konfession. Ich besuchte 8 Jahre die Gemeindeschule in Berlin-Neukölln und Berlin-Niederschönhausen und erlernte nach der Entlassung im Jahre 1913 den Kaufmannsberuf. Im Kriege war ich von September 1917 bis Januar 1919 Soldat. Im Herbst 1928 bestand ich an der Oberrealschule Berlin-Lichterfelde als Schulfremder die Abiturientenprüfung und studierte darauf 9 Semester Rechts- und Staatswissenschaften in Berlin und 1 Semester in Halle. Am 27. Oktober 1933 bestand ich die erste juristische Prüfung am Kammergericht.

Für die Anregung zu dieser Arbeit sowie deren Förderung während der Anfertigung bin ich Herrn Professor Dr. R u t h zu außerordentlichem Danke verpflichtet.